



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

GIULIA BARQUETA OROZCO

**O CONTROLE DA MATÉRIA FÁTICA EXERCIDO PELO TRIBUNAL NO
JULGAMENTO DA APELAÇÃO: POSSIBILIDADE?**

BRASÍLIA/DF
2013

GIULIA BARQUETA OROZCO

**O CONTROLE DA MATÉRIA FÁTICA EXERCIDO PELO TRIBUNAL NO
JULGAMENTO DA APELAÇÃO: POSSIBILIDADE?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília como um dos requisitos para a aprovação na disciplina monografia jurídica II, sob a orientação do Professor João Ferreira Braga.
Orientador: Prof. João Ferreira Braga.

**Brasília – DF
2013**

GIULIA BARQUETA OROZCO

**O CONTROLE DA MATÉRIA FÁTICA EXERCIDO PELO TRIBUNAL NO
JULGAMENTO DA APELAÇÃO: POSSIBILIDADE?**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em
Direito pelo Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientador: Prof. João Ferreira Braga.

Brasília, DF, 04 de outubro de 2013.

Banca Examinadora:

Orientador

**Professor
Examinador**

**Professor
Examinador**

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho à minha família pelo seu apoio prestado durante a confecção deste trabalho, bem como pela paciência, amor, carinho e incentivos constantes.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, João Ferreira Braga, pela paciência, colaboração e pelos conhecimentos transmitidos ao longo das orientações.

RESUMO

O presente trabalho analisa, sob a perspectiva das considerações doutrinárias e jurisprudenciais, a possibilidade da determinação da produção de prova pelo magistrado, de ofício, em segundo grau. A análise do mencionado tema submete-se ao estudo dos escopos do processo civil, de seus princípios norteadores, bem como do efeito devolutivo da apelação. Certo é que a produção de provas tem se mostrado de suma importância para a perquirição da verdade real dos fatos que configuram o conflito. Indaga-se, pois, se é possível a produção de provas pelo próprio tribunal a fim de que este forme o seu livre convencimento motivado acerca da matéria fática. Diante da falta de previsão normativa expressa, assim também de entendimentos que divisam aplicável a preclusão, parte doutrina não reconhece a possibilidade da instrução probatória na esfera recursal. Entretanto, alguns doutrinadores contemporâneos, em razão da natureza publicista do processo civil, assim como da necessidade pela busca da verdade real, admitem tal possibilidade. Ademais, há registros decisórios que corroboram a tese segundo a qual é possível o controle da matéria de fato diretamente pela instância apelatória.

Palavras-chave: Direito processual civil. Apelação. Efeito devolutivo. Poderes instrutórios do juiz. Possibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUÍZO E SEUS LIMITES	9
1.1 A prova e seus reflexos no processo.....	9
1.2 Ônus probatório e seus princípios	12
1.3 Poderes de instrução e finalidade do processo.....	16
1.4 Poderes de instrução e preclusão.....	22
1.5 Poderes de instrução e imparcialidade.....	24
2. EFEITO DEVOLUTIVO NO ÂMBITO DA APELAÇÃO	27
2.1 Da Apelação.....	27
2.1.1 Conceito	27
2.1.2 Requisitos de admissibilidade	29
2.1.3 Efeitos	30
2.2 Efeito devolutivo.....	33
2.3 Da devolutividade ampla e restrita	35
2.4 Extensão e profundidade do efeito devolutivo.....	38
3. POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS, NA INSTÂNCIA APELATÓRIA, PARA ALÉM DAS HIPÓTESES DO ART. 517 DO CPC.....	44
3.1 A função da prova, a busca pela verdade e o processo.....	44
3.2 A verdade e a eficiência do processo	46
3.3 A não aplicabilidade da preclusão ao acesso à prova	48
3.4 A produção da prova diretamente pela instância apelatória e a consolidação de um processo mais adequado aos fins da jurisdição.	49
3.4.1 Provas passíveis de serem produzidas em segundo grau	52
3.5. Análise de precedentes jurisprudenciais referente à iniciativa probatória	55
3.5.1 O ponto de vista formado pelos tribunais de segunda instância	55
3.5.2 O ponto de vista formado pelo Superior Tribunal de Justiça	59
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a possibilidade de produção de provas em segundo grau, mais precisamente no julgamento do recurso de apelação, sob o enfoque predominante da doutrina, bem como de alguns registros decisórios dos tribunais de segundo grau e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. É, ainda, objetivo desta monografia o exame do tema, à luz dos princípios processuais civis e normas procedimentais alusivas à dinâmica probatória.

A produção de provas tem se mostrado fundamental para a busca da verdade real dos fatos apresentados pelas partes no processo. Ao juiz, são conferidos poderes instrutórios com o objetivo de determinar a realização e complementação de provas para formar a sua livre convicção, conforme preconiza o art. 130 do CPC.

Com efeito, indaga-se se é permitida a produção de prova pelo próprio tribunal, a fim de que este forme o seu próprio convencimento acerca da matéria fática. Desse modo, a controvérsia do corrente trabalho reside em elucidar se, assim como em primeiro grau, o magistrado, na esfera recursal, deve determinar a complementação ou realização de prova de ofício.

Diante da falta de expressa previsão e, em face do ônus probatório e de institutos do processo civil, como o da preclusão, parte da doutrina entende que não seria possível a realização de provas na esfera recursal. Contudo, alguns doutrinadores contemporâneos admitem essa tal possibilidade, especialmente em razão da natureza publicista do processo civil.

Para tanto, o presente estudo objetiva trazer à discussão aspectos que envolvem o processo civil contemporâneo, sobretudo quanto aos seus escopos e aos poderes instrutórios do magistrado. Serão colhidos dados no âmbito doutrinário, mais precisamente por meio de leitura de obras dedicadas ao tema e de artigos científicos, como também no campo jurisprudencial.

Inicialmente, para a análise da possibilidade da produção de prova diretamente pela esfera recursal, será abordada a função da prova e sua importância para a

busca da verdade dos fatos, assim como o estudo da natureza do processo civil atual e os princípios que o cercam, inclusive dos concernentes ao magistrado na investidura do poder estatal.

Em seguida, serão tecidos comentários em relação à apelação e aos seus aspectos procedimentais, com o fim de verificar se este recurso é adequado para que haja a determinação da realização de provas pelo tribunal. Para tanto, o estudo terá como objeto o efeito devolutivo do recurso apelatório, sua amplitude, extensão e profundidade.

Por fim, no terceiro capítulo, objetiva-se verificar a relação da prova com o processo e a efetividade da prestação jurisdicional, altura em que será discutida a possibilidade da determinação, de ofício, de provas pelo próprio magistrado em segundo grau, assim como os meios de provas passíveis de serem produzidas. Ainda no respectivo capítulo, serão apreciadas algumas decisões dos tribunais de segundo grau e do Superior Tribunal de Justiça, no que se prende à possibilidade de controle da matéria fática pela própria instância apelatória.

1. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUÍZO E SEUS LIMITES

1.1 A prova e seus reflexos no processo

A prova é utilizada para formar a convicção do juiz acerca dos acontecimentos controvertidos no processo, uma vez que os fatos descritos pelo autor ou pelo réu podem não corresponder com a verdade. Destarte, prescindem de prova os fatos notórios, irrelevantes (que não interferem na decisão), incontroversos, impossíveis ou ainda que são amparados por presunção legal de existência ou veracidade.¹

Nesse diapasão, diante do desconhecimento do magistrado em relação ao ocorrido, faz-se mister a adoção de meios capazes de sanar este estado de obscuridade a fim de que se conheça sobre a realidade do que irá ser julgado. Com efeito, a instrução probatória é a via utilizada para se pesquisar a verdade em relação aos fatos controversos e essenciais para o julgamento da lide.²

Ainda sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior divide a prova em dois sentidos. O primeiro é o objetivo e corresponde ao instrumento capaz de mostrar a existência de um fato, isto é, por meio de documentos, perícia, testemunha. Já o segundo é subjetivo e se refere à capacidade da prova em oferecer a certeza quanto aos acontecimentos com o objetivo de formar o convencimento do magistrado, interferindo em seu estado psíquico.³

No que tange à verdade que envolve o âmbito processual, esta costuma ser dividida da seguinte forma: verdade formal e verdade material. Para Carreira Alvim, a verdade formal dominaria a esfera cível, enquanto a verdade material, o processo penal. Entretanto, é importante ressaltar que a referida divisão é tida por superada, sob pena de caracterizar o processo civil como falsário.⁴

A verdade formal diz respeito àquela resultante do processo e sua principal consequência é que deixando a parte de impugnar determinado fato, este se torna

¹ CINTRA, Antonio C. Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 375-379.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

³ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil e processo de conhecimento**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 466.

⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 237-238.

incontroverso, e quem deveria prová-lo fica isento do ônus de prova.⁵ Já a verdade real acerca-se da verdade soberana, sendo esta proveniente dos fatos assim como eles realmente aconteceram e não pressupõe a sua mera.⁶

Segundo Sidney da Silva Braga, a veracidade dos fatos é apenas uma, ou seja, aquela que pode ser obtida em um determinado processo. Desse modo, não há que se falar em classificação entre formal ou real, a indagação reside no grau de proximidade com o absoluto e inatingível na demanda. Exige-se o mesmo grau de veracidade tanto para o processo civil quanto para o processo penal. Portanto, o importante é trabalhar com a verdade relativa e processual, ampliando o seu grau para se chegar o mais possível da realidade absoluta.⁷

Além disso, a verdade material ou real encontra limites nas regras de procedimento, que, por sua vez, limitam a possibilidade de compreensão. Isso porque essas regras emanam “como instância limitadora da possibilidade de se alcançar a verdade real, pois o processo só admite como condição satisfatória de verdade aquilo que satisfaz a suas regras, restringindo o saber ao que é por elas verificável.”⁸

Por sua vez, a verdade é influenciada pelo aspecto subjetivo do intérprete, tendo em vista que este constrói hermeneuticamente a realidade a partir de uma realidade objetiva. Com efeito, a verdade sempre se encontra atrelada à sua situação hermenêutica, isto é, pela finitude, historicidade e preconceito, sendo objeto de construção pelo intérprete diante da sua situação pelo mundo. Portanto, a pretensão de se buscar um sentido absoluto em um processo de interpretação é meramente utópico.

Vicente Greco leciona acerca da prova e da sua relação com a verdade processual:

“[...] a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente para formar a convicção do magistrado.”⁹

⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 238.

⁶ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa Probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52

⁷ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54-55.

⁸ KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 17, n. 80, p. 119-149, set./out. 2009.

⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual processual civil brasileiro**. v. 2. 13.ed. São Paulo: Saraiva 1999, p.180.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. compreende a verdade real como inalcançável, isto é, como uma utopia, “O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não”. Ao passo que a proposição sobre o fato pode ser verídica ou não, tendo em vista que as alegações são passíveis de valoração.¹⁰

Destarte, no processo civil moderno deve o magistrado perquirir a verdade material ou real, aproximando-se quanto possível da realidade dos acontecimentos. Entretanto, deve o juiz se atentar ao fato de que eternizar a busca desta verdade poderá prejudicar a efetividade do processo e sonegar a prestação jurisdicional.

“A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como o processo justo, conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova – cujas regras atuam na fase final do julgamento da lide e não durante a coleta dos elementos de instrução da causa – prevalece o compromisso com a verdade real.”¹¹

O magistrado deve perquirir a certeza e a verdade ideal. Todavia, deve atentar para as limitações das provas, o que provavelmente o levará à consciência da impossibilidade da eternização da busca da verdade, o que permitirá, ao final, alcançar um processo mais eficaz.¹²

Portanto, apesar da tradicional divisão acerca da verdade no âmbito civil e penal, faz-se mister reconhecer que todo sistema probatório, com algumas limitações, é dirigido para buscar a verdade real, isto é, saber dos fatos assim como eles realmente aconteceram. Isso é relevante, pois quanto mais conhecimento se tem da matéria fática, maior a possibilidade de se fazer justiça.¹³

Para Wetzel de Mattos, a natureza do debate entre verdade formal e real é puramente terminológica, uma vez que a definição de verdade formal não pressupõe um menor grau de verossimilhança em confronto com o de verdade material. Demais disso, a produção de prova é feita com base em regras previamente impostas pelas partes. Com efeito,

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: JusPdvM, 2009, p. 24.

¹¹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil e processo de conhecimento**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 471.

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 266.

¹³ AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. O dever de falar a verdade e o processo. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 88-89, jul. 1999,

é imperioso reconhecer que a verdade processual jamais poderá ser absoluta, mas sim relativa, e sempre em certa medida formal.¹⁴

Leciona Carnelutti que os sistemas impõem limites à busca judicial e sua consequência na reconstrução da verdade:

“Quando a busca da verdade material está limitada de tal maneira que esta não possa ser conhecida em todo caso e com qualquer meio, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de que já não se trata de uma busca da verdade material, senão de um processo de determinação formal dos fatos.”¹⁵

A verdade ideal, portanto, desempenha verdadeira função de controle da prestação jurisdicional. É a efetiva investigação pela verdade absoluta que permite a qualidade da justiça prestada pelo Estado, pois assim haverá um melhor conhecimento da realidade fática dos autos. Destarte, não pode o interesse das partes ser um empecilho à atividade do magistrado na instrução probatória.¹⁶

Pois bem, apesar de a verdade real, em sua essência absoluta, ser um ideal inalcançável, tendo em vista a limitação do conhecimento do ser humano, “o compromisso com sua ampla busca é o farol, que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental.”¹⁷ Com efeito, o magistrado contemporâneo, revestido do propósito de busca da verdade material, assumiu a direção do processo, integrado nas garantias fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito.

1.2 Ônus probatório e seus princípios

O art. 333 do Código de Processo Civil distribui o ônus probatório entre as partes. Consoante prevê o referido artigo, ao autor cabe a prova do fato constitutivo do seu direito, e, ao réu, o extintivo, modificativo ou impedido do direito do autor. Essa norma tem

¹⁴ WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 19.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: BookSeller, 2001, p 52.

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 17-19.

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.80, p. 71-85, nov. 2009, p. 75.

como fundamento a lógica de que o autor deve provar somente os fatos que constituem seu direito e não a inexistência dos que impedem o seu reconhecimento pelo magistrado.¹⁸

Demais disso, no contexto da impossibilidade de resolução de controvérsias, cujos fatos relevantes não foram comprovados, é que a referida regra fora criada, isto é, tendo em vista que o julgador não pode deixar de decidir, dada a vedação do *non liquet*. O ônus probatório, por sua vez, diz respeito a uma faculdade, não suscetível de coerção, mas que pode gerar prejuízo em caso de inércia.¹⁹

Portanto, a regra referente ao ônus probatório não estabelece quem deve determinar a produção da prova, mas quem assume o risco, caso determinada prova não seja produzida. “As regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo: orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto a atividade probatória.”²⁰

No sentido contrário, a repartição do ônus probatório possui como premissa básica a ideia de equidade. Assim, tendo em vista que as partes estão litigando, concede-se a cada uma a oportunidade de ataque e defesa, não sendo justo a imposição do ônus da prova para somente uma. Dessarte, compete à parte, ao longo do procedimento, formar a convicção do magistrado, para provavelmente vencer a demanda. O juiz, por sua vez, deve julgar conforme o comprovado pelas partes e não conforme a sua consciência.²¹

Para Wetzel de Mattos, a norma regulamentadora do ônus da prova deve ser vista sob duas perspectivas:

“Por um lado, constitui uma norma de conduta para os litigantes (aspecto subjetivo). Por outro, é uma norma de julgamento, segundo a qual, quando faltar a prova dos fatos relevantes do processo, o juiz deverá proferir uma sentença de mérito desfavorável para o litigante que estava encarregado de subministrá-la, já que proibida a decisão *non liquet* (aspecto objetivo).”²²

¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 267

¹⁹ PESSOA, Flávia Moreira. As regras de divisão do ônus da prova e os poderes instrutórios do juiz. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba. v. 8, n.29, p.491-495, jul./set., 2003.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v.2 Salvador: JusPdvM, 2009, p. 56

²¹ CINTRA, AntonioC. Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 379-380.

²² WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 48-49.

Desta feita, em razão da regra do ônus probatório ser também uma regra de julgamento, faz-se mister averiguar que amplos são os poderes judiciais em questão probatória. Portanto, até mesmo em processo de cunho essencialmente inquisitivo, a norma de julgamento é aplicada. Note-se ainda que o princípio do dispositivo não possui relação com a perquirição dos fatos do processo, uma vez que seu fundamento, seja o referente a índole disponível do direito litigiosa, seja o da necessidade de acautelar a imparcialidade do juiz, não justificam a restrição dos poderes instrutórios do juiz. O ativismo judicial, pelo contrário, poderia diminuir os casos em que deveria se recorrer a norma do ônus probatório prevista legalmente.²³

Quanto ao princípio do dispositivo Humberto Theodoro Junior leciona:

“O Código, como se vê, não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento é oficial. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito.”²⁴

Ressalta-se que o princípio do dispositivo não tem relação com a iniciativa probatória do juiz. Pode-se dizer que o referido princípio tem relação com a iniciativa das partes em ajuizar a ação, mas somente isso, pois, posteriormente, o processo segue o impulso oficial.²⁵

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que o art. 333 do CPC, quando direcionado ao juiz, não se refere a uma simples norma de julgamento, pois, em face de situações em que não há existência de dúvida, não cabe a invocação da regra do ônus probatório pelo magistrado como regra de decisão. Neste contexto, constata-se que a regra do ônus da prova apenas deve ser utilizada em caso de dúvida e após o juiz ter passado pela fase de convencimento. Ademais, a disposição acerca do *onus probandi* deve ser relativizada de acordo com a situação de direito material, uma vez que

²³ WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 49-59.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 460.

²⁵ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.114-115.

o juiz sabe o limite do objeto do seu conhecimento para a formação de sua convicção de cada caso em concreto.²⁶

Ademais, o emprego das regras do art. 333 do CPC mostra-se inadequado, apesar de resolver grande número de casos. Necessária é a flexibilização das regras sobre a distribuição do ônus da prova, cuja aplicação exarcebada pode ensejar sacrifício exorbitante a uma das partes e, eventualmente, inclusive, acarretar a iniquidade. Tem-se como solução a adoção da teoria da carga dinâmica da prova, que, por sua vez, não se reveste de discricionariedade judicial, já que a atividade probatória decorre dos critérios de necessidade e interesse.²⁷

Cândido Dinamarco, também, entende que a exarcebação do ônus da prova não condiz com a moderna visão instrumentalista e teológica do processo civil. Para ele, o juiz precisa romper com isso e, assim, derrotar certos imobilismos. Tem-se, então, como indispensável o ativismo judicial em matéria probatória.²⁸

Segundo Bedaque, a problemática do ônus da prova não pode ser tratada apenas sob a óptica do art. 333 do CPC. Isto porque o direito à prova é visto como fundamental, em consonância com a Constituição Federal, abrangido nos conceitos de acesso à justiça, ampla defesa e contraditório e devido processo legal. É necessário, entretanto, frisar que, apesar de fundamental, o direito à prova não é de todo absoluto, uma vez que a regra é a possibilidade da utilização de todos os meios e fontes de provas, desde que legal e moralmente legítimos, consoante o disposto no art. 332 do CPC.²⁹

No mesmo sentido, devem ser empregados todos os meios probatórios indispensáveis para alcançar a comprovação dos fatos. Todavia, o direito fundamental à prova não é absoluto, uma vez que pode ser limitado, excepcionalmente, quando confrontar com outros valores ou princípios dispostos na Constituição Federal. Com efeito, nessas situações,

²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 8. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 268

²⁷ LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 204, n.37, p. 231-242, fev. 2012.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo:Malheiros, 2009, p. 297-299.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 28-29.

há de ser invocado o princípio da proporcionalidade a fim de sopesar tais valores e, ao final, decidir qual deve prevalecer.³⁰

No ponto, assinala Sidney Braga:

“[...] embora o direito à prova tenha como titulares as partes do processo, não pode ser considerado um direito indisponível, simplesmente porque, além de servir á consecução dos interesses dos particulares do autor e do réu, tal direito, em sua outra face, liga-se diretamente ao interesse público presente em todo e qualquer processo, ou seja, o interesse do Estado em que o resultado final desse processo seja a decisão mais próxima da verdade e da justiça possíveis naquele caso concreto.”³¹

A concepção radical referente aos modelos do processo civil dispositivo clássico tende a ser superada, uma vez que as premissas privatistas do processo vêm sendo mitigadas, isso porque o processo civil não trata tão somente de direito disponíveis e, tampouco, cabe a afirmação de que o juiz figura como inerte no processo.³²

Desta feita, seja para garantir às partes equilíbrio no processo, seja para garantir o direito à ampla defesa e contraditório previstos constitucionalmente é que a intervenção do juiz em matéria probatória mostra-se imprescindível. Portanto, quando as provas apresentadas pelas partes forem insuficientes, nada mais adequado que o juiz as mande produzir de ofício a fim de sanear alguma dúvida existente no processo para, assim, formar o seu convencimento.

1.3 Poderes de instrução e finalidade do processo

A jurisdição é a atividade prestada pelo Estado com o escopo de manter a harmonia da sociedade, garantindo a eficácia ao ordenamento jurídico. Assim, cabe ao Estado, por meio do poder judiciário, dirimir os conflitos que lhe são entregues em face de sua imparcialidade e maior probabilidade de perpetrar a justiça. José Bedaque leciona:

“[...] o objetivo do Estado é o bem comum. Para alcançá-lo, ele desenvolve várias atividades, todas voltadas para esse fim. Cada uma delas tem, todavia, um objetivo mais próximo. Com a atividade

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: JusPdvM, 2009. p. 24-25.

³¹ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p 49.

³² DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 6. ed. São paulo: Malheiros, p. 51-54.

jurisdicional, o Estado busca, imediatamente, manter a ordem jurídica intacta.”³³

Quanto ao escopo da atividade jurisdicional, Carnelutti entende que a jurisdição serve para assegurar a justa composição da lide, sendo caracterizada pela disputa de interesses qualificada por uma pretensão resistida. Trata-se do ponto de vista privatista do processo, uma vez o processo é voltado para satisfazer aos direitos subjetivos das partes e não às finalidades do Estado como atividade jurisdicional.³⁴

Já Chiovenda compreende que o objetivo maior da jurisdição é fazer a vontade da lei, isto é, cumprir a finalidade do Estado de atuação do direito. Portanto, a jurisdição independe de existir ou não um conflito caracterizado por uma pretensão resistida. Com efeito, o processo “visa ao escopo geral e objetivo de fazer atuar a lei, e o escopo do autor e o do processo coincidirão só no caso em que seja fundada a demanda”.³⁵ Ao contrário de Carnelutti, Chiovenda defende que o processo possui caráter publicista com a prevalência do interesse público em realizar a paz social.³⁶

No que se refere à ação, este é um direito deveras discutido entre os estudiosos do ramo do processo civil, comportando várias correntes de pensamentos que podem ser assim divididas: concretistas, abstratistas e adeptos à corrente de Liebman.³⁷ Cumpre salientar que o presente trabalho não tem como escopo esgotar o referido assunto, mas apenas apresentar uma breve evolução histórica do direito de ação.

Chiovenda (concretista) formulou a construção da ação como direito potestativo. Assim, embora o direito de ação seja independente em relação ao direito material, este só existe quando o autor alcança o provimento jurisdicional que lhe seja favorável. Outrossim, Calamadre percebe o direito à ação como autônomo, uma vez que não depende da

³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 35.

³⁴ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16-19.

³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.1. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 65.

³⁶ CHIOVENDA Giuseppe. Saggi di Diritto Processuale Civile. Milano, Giuffrè. v.I, p.20-21, apud ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.1-43.

³⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile. Milano: Morano, p. 22-23, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 37-39.

existência de um direito material, e concreto, uma vez que visa a obter uma tutela jurisdicional favorável ao autor.³⁸

Segundo Couture (abstratista), o direito de ação é o poder que todo sujeito de direito possui de recorrer aos órgãos jurisdicionais, a fim de satisfazer uma pretensão. Portanto, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado. Trata-se ao direito de petição propriamente dito. Essa corrente encontra, ainda, como um de seus defensores, Alfredo Rocco.³⁹

Todavia, assim como a teoria concreta, a abstrata recebe críticas:

“Não se pode aceitar a teoria do juiz como titular passivo da ação, porque ele é mero agente do Estado. Nem tem procedência a doutrina da ação como manifestação do direito de petição, porque tal remédio constitucional visa a levar aos órgãos públicos representações contra abusos do poder e porque não configura, com a mesma clareza do direito de ação, o dever de resposta do Estado.”⁴⁰

Liberman, por sua vez, entende a ação como um direito subjetivo de invocar a prestação jurisdicional. Para ele, a ação é dirigida contra o Estado, que não está compelido a satisfazer nenhum interesse, senão o público. O adversário, por sua vez, encontra-se no polo passivo da relação processual e está sujeito ao poder judiciário.⁴¹ Trata-se de um direito subjetivo instrumental.

Portanto, em suma, a ação é vista como um direito instrumental, ou seja, independente do direito material das partes. Nota-se que o direito de ação não visa somente a proteger os direitos privados, mas a uma correta atuação da atividade estatal, que tem como principal escopo a aplicação do direito material.⁴²

A publicização do processo civil brasileiro fez com que “este assumisse outro papel na vida dos operadores do direito”. Assim, além de ser uma ferramenta para se

³⁸CHIOVENDA Giuseppe. Saggi di Diritto Processuale Civile. Milano, Giuffrè. V.I, p. 23 e ss, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 40-41.

³⁹ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 57, apud ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.113-114.

⁴⁰ CINTRA, Antonio C. Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 254.

⁴¹LIBMAN, Enrico Tullio. Manuale de Diritto processuale Civile. Milano. Giuffrè, 1962, p. 36 e ss apud. ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115-116.

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 38.

alcançar o direito material, ainda tem o escopo de servir à Constituição Federal, salvaguardando-se às garantias fundamentais. O caráter público do processo, portanto, se opera em todas as modalidades de direito, isto é, tanto disponível como indisponível.⁴³

Assim, a principal atividade do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz que não apenas assegure estes direitos, mas que também garanta a sua satisfação. Esta prestação jurisdicional será efetiva quando corresponder com a realidade social a fim de que o direito material possa ser corretamente aplicado.⁴⁴

Para Vicente Greco Filho, o art. 130 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre o poder do magistrado em determinar de ofício a produção de prova ou a requerimento das partes, indeferindo as provas desnecessárias, deve ser interpretado de modo restritivo, uma vez que o juiz não possui totais poderes inquisitivos na iniciativa probatória:

“O artigo pode levar a uma interpretação inadequada se se entender que o processo civil o juiz tem poderes inquisitivos absolutos na investigação probatória; todavia tal preceito deve ser interpretado em conciliação com o sistema do código que é o sistema dispositivo, ou seja, sistema de iniciativa da parte, inclusive no que concerne à produção de provas. É ônus do autor produzir prova que lhe interessa, nos termos do art. 333, o mesmo ocorrendo em relação ao réu. Na petição inicial deverá o autor requerer a produção das provas relevantes ao processo e, ao réu competirá igual ônus por ocasião da contestação. Como então, entender o art. 130 que autoriza o juiz a terminar de ofício as provas necessárias à instrução do processo?”⁴⁵

Ora, tendo em vista que o juiz é quem conduz o processo, ele possui a prerrogativa, inclusive, de determinar a produção de provas necessárias para a formação do seu convencimento acerca dos fatos do processo.

“Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento, com a conseqüente pacificação, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social.”⁴⁶

A preponderância da natureza publicista do processo moderno é explicada, ainda, no voto do Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira:

⁴³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O ativismo do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 33, p. 184-185, maio/2008.

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 129.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: teoria geral do processo e auxiliares da justiça. v. 1. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235.

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 17-18.

“Por outro lado, diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade.”⁴⁷

Leciona Ada Pellegrini:

“O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par condicio. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.”⁴⁸

Logo, os reflexos de um processo publicista reclamam a ampliação dos poderes instrutórios do magistrado. Deve ele direcionar o processo, e não ser mero espectador deste. Ademais, se o conjunto probatório é dirigido ao juiz a fim de que este julgue a lide, ninguém melhor que ele para decidir sobre a necessidade ou não da produção de determinada prova. Por consequência, o processo será mais efetivo, quanto maior a participação do magistrado na perquirição dos fatos.⁴⁹

Sobre a mudança do referido paradigma:

“Contudo, a publicitização do processo alterou completamente o panorama dos entes envolvidos na relação processual, e conferiu ao juiz o controle e a condução do processo, para que possa atuar com mais flexibilidade, de forma a melhor atender aos anseios constitucionais contemporâneos, sem, contudo, desvirtuar-se da legalidade e das garantias constitucionais das partes.”⁵⁰

Ainda acerca do ativismo judicial na concepção moderna:

“Dessa forma, o juiz passa a atuar na direção do processo, utilizando-o não só como instrumento para realização do direito material, servindo à Constituição, mas inserindo no procedimento toda carga dos valores previstos como garantias fundamentais. Sem essa dúplici perspectiva, o processo não se presta a socorrer o direito substancial. Com isso, autoriza-se o juiz agir com mais flexibilidade no processo, de forma a melhor atender

⁴⁷ Superior Tribunal de Justiça. REsp 192.681. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Texeira. Julgamento em: 02/03/2003, publicado no DJ de 24/03/2013. Acessado em 14/03/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800782613&pv=010000000000&tp=51>.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 27/71. São Paulo: RT, v. 1, n.18, p. 11-14, jan./jun.2005.

⁴⁹ WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 94.

⁵⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O ativismo do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 33, p. 173, maio/2008, p. 173.

aos anseios constitucionais contemporâneos, sem desviar da legalidade e das garantias constitucionais da parte.”⁵¹

É importante ressaltar, ainda, que em algumas demandas, as partes encontram-se em grau de desigualdades econômicas e culturais, tendo em um de seus polos os denominados de hipossuficientes. Em razão disso, poderia haver uma distorção de resultados por desídia daquele que não se pode se defender da melhor maneira porque não pode. Deste modo, novamente o ativismo do juiz é ressaltado, uma vez que cabe a ele promover o equilíbrio entre as partes do processo, proporcionando aos litigantes paridade em armas, consubstanciado no princípio da isonomia.⁵²

Além disso, o ativismo do juiz referente à instrução probatória contribui para uma maior efetividade do processo, podendo até mesmo prevenir uma eventual propositura de ação rescisória em matéria relativa à prova.

Tem-se, ainda, a discussão se a natureza do direito discutido, isto é, indisponível ou disponível pode interferir na busca da verdade do processo. Entende-se que se for indisponível a perquirição deve ser no sentido de buscar a verdade absoluta, entretanto, se disponível, deve ser solucionado pelo ato de disposição das partes, conforme a regra do ônus probatório, sendo mínimo os poderes instrutórios do magistrado.⁵³

Não mais prevalece no direito processual civil moderno, entretanto, a concepção de inércia do magistrado. Pelo contrário, deve o magistrado conduzir o processo a fim de solucionar a lide de forma mais justa possível, ainda que se trate de direito disponível. Neste cenário, verifica-se consideravelmente ampliados e reforçados os poderes do juiz para atuar, inclusive, de ofício na demanda.

É notória, portanto, a quebra do domínio privatista em relação a instrução da causa, ainda que o direito discutido seja exclusivamente privado, pois não há que se modificar a natureza do processo em função da natureza do direito, isto é, se disponível ou indisponível.⁵⁴

⁵¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 208, p. 275-279, junho/2012.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 53.

⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 133

⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro Oliveira. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151.

Com efeito, o magistrado, na investidura do poder jurisdicional, conduz o processo para que, de acordo com as regras aplicáveis e a sua convicção, possa ao final decidir a lide. Isso não significa olvidar os interesses das partes litigantes, mas que, em determinados casos, há a necessidade da interferência de ofício do juiz para melhor instruir o processo, atendendo ao ideal de justiça.

Logo, está superada a figura de um juiz passivo, inerte, expectador. Na visão publicista do processo civil moderno, o papel do magistrado deve ser essencialmente ativo. “Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo”.⁵⁵

1.4 Poderes de instrução e preclusão

A preclusão refere-se a um fato impeditivo, que concorre para o progresso do processo, impedindo retrocesso a fases já superadas do procedimento, ou seja, representa a perda de um direito ou faculdade. Apesar disso, não se trata de uma sanção, nem penalidade.

⁵⁶

A princípio poder-se-ia afirmar que após a fase instrutória, não haveria mais a possibilidade de produção de provas, em razão da ocorrência da preclusão, já que teria passado o momento das partes em requerê-la. Entretanto, nas instâncias ordinárias, isto não sucede. Isso porque o magistrado, investido da função jurisdicional, deverá sempre que necessário buscar esclarecer os fatos que efetivamente ocorreram e, assim, aproximar-se da verdade real.⁵⁷

Tem-se, portanto, que o poder instrutório do magistrado deve prevalecer sobre a possível preclusão das partes em requerer determinada produção de prova, em razão da função social do processo e seu caráter publicista. Para Bedaque tal medida deve ocorrer apenas em caráter excepcional:

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 27/71. São Paulo: RT, p. 9, 1999.

⁵⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

“Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado.”⁵⁸

Neste aspecto ainda é importante ressaltar que o artigo 130 do CPC não prevê nenhum prazo para o magistrado determinar a produção de provas necessárias a fim de instruir o processo. Portanto, diante da ausência de prazo legal, não há que se falar em preclusão temporal para o juiz. Com efeito, sempre que entender necessário, deve o magistrado converter o julgamento em diligência.⁵⁹

Na mesma linha, o magistrado não está sujeito a preclusão, uma vez que não possui faculdades no processo, mas sim deveres, que, por sua vez, são desempenhados no interesse das partes ou no interesse público, e não em seu interesse.⁶⁰

Sobre o assunto, salienta Sidney Braga:

“Em suma, a preclusão é apenas para as partes, de modo que, respeitado o contraditório e fundamentada a decisão, poderá o juiz, sim, determinar de ofício, a oitiva de testemunhas, a juntada de documentos ou a produção de prova pericial, desde que sirvam para o esclarecimento de fatos que se contenham dentro do objeto do processo delimitado pelas partes.”⁶¹

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o magistrado não está sujeito à preclusão em se tratando de matéria concernente à instrução probatória. Outrossim, é o entendimento da Terceira Turma da referida corte, “Nos termos do art. 130 do CPC, não há preclusão absoluta em matéria de prova, até por se tratar de questão de ordem pública”.⁶²

Com efeito, em prol da função social do processo, deve o juiz determinar a produção de prova *ex officio*, nas instâncias ordinárias, mesmo após a finalização da fase probatória. Destarte, tal medida deve ser tomada, inclusive, em sede recursal, quando o

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 21.

⁵⁹ WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 94.

⁶⁰ CANDIDO, Dinamarco. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. 4. ed. São paulo: Malheiros. 2004, p. 460.

⁶¹ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo, Saraiva, 204, p. 135

⁶² Superior Tribunal de Justiça. REsp 1132818/SP. Relatora:Min^a. Nancy Andrighi. Julgamento em: 03/05/2012, publicado no DJ de 10/05/2012. Acessado em 14/03/2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901521713&dt_publicacao=10/05/2012.

desembargador estiver diante de caso em que se verifique a insuficiência de provas para formação do seu convencimento.

1.5 Poderes de instrução e imparcialidade

Quanto à questão probatória, há a preocupação com a possibilidade de o juiz, ao determinar de ofício determinada prova, comprometer a sua imparcialidade. Assim, se as partes não se desincumbiram de requer a produção de prova no momento oportuno, não poderia o juiz tomar tal atitude, sob pena influenciar no julgamento da lide, favorecendo determinada parte.⁶³

Para essa doutrina clássica, cabe exclusivamente às partes a produção probatória. Ao passo que o juiz é tido uma figura passiva no processo e sua obrigação seria apenas de cuidar para que ocorra a regular produção das provas pleiteadas pelas partes.⁶⁴

Ademais, o processo é visto como um instrumento que visa a atender os interesses exclusivamente das partes que, por sua vez, dispõem livremente do seu objeto, podendo ou não solicitar a produção de provas quando acharem mais conveniente. Assim, o art. 130 do processo civil é interpretado restritivamente, conferindo poderes ao magistrado tão somente quando se estiver diante de uma exceção ou para complementar a atividade das partes, sendo utilizado principalmente quando se trata de direitos indisponíveis.⁶⁵

Acontece que, como já exposto nas subseções anteriores, o processo civil moderno não possui mais esse caráter privatista, “pois a prática desmentiu a crença na eficiência do papel desenvolvido pelos participantes no processo”.⁶⁶ Este alcançou nova finalidade que é a realização do direito para se alcançar a paz social.

Com efeito, essa limitação da iniciativa judicial advinda do receio do comprometimento da imparcialidade do magistrado não subsiste mais. O juiz, ao determinar a produção de provas *ex officio*, desconhece quem será beneficiado por ela, se é o autor ou o

⁶³ WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 25-26.

⁶⁴ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo, Saraiva, 204, p. 90.

⁶⁵ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo, Saraiva, 204, p. 90.

⁶⁶ Dinamarco, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**, 2. ed., São Paulo, RT, 1990, p. 40.

réu. Desta feita, estará o magistrado mais apto a conhecer da verdade real dos fatos, tendo, ao final, maior probabilidade de se fazer justiça.⁶⁷

Portanto, o juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material aos fatos efetivamente provados, independentemente de quem os tenha provado. O importante é que a presta o jurisdicional não seja influenciada por outros elementos, como o interesse ou sentimento pessoais.⁶⁸

Demais disso, o princípio do inquisitivo não interfere no princípio do juiz imparcial. A sua imparcialidade somente ficaria maculada em um sistema inquisicional puro, isto é, quando o juiz possui a iniciativa da a o e do processo. No processo civil brasileiro, não há isso. Assim, o magistrado, ao buscar a verdade dos autos, não está favorecendo diretamente uma das partes. “A sua inércia sim, seria favorecimento.”⁶⁹ Portanto, pela prova   possível conhecer a realidade dos fatos e este deve ser, pelo menos em tese, o interesse tanto das partes como da sociedade.

Para Humberto Theodoro Junior o poder instrutório do juiz é limitado, tendo em vista que há regras disciplinadoras da distribui o do  nus da prova, fazendo com que na maior parte das vezes, a pretensão ou o comportamento da parte implique deliberativamente sobre a prova, afastando a iniciativa probatória do magistrado nessa matéria. Defende, todavia, que, com o desenvolvimento do direito processual, foram dados cada vez mais poderes para que o juiz conduza o processo, mas adverte:

“O juiz, porém, deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condu o do processo. A necessidade da prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não da atividade extra-autos, sugerida por diligências e conhecimento pessoais ou particulares auridos pelo magistrado fora do controle do contraditório.”⁷⁰

Desta feita, o poder do magistrado e, conseqentemente, a sua imparcialidade podem ser controlados pelo cumprimento do dever de fundamenta o motivada das decisões judiciais, prevista constitucionalmente e, também, pelo duplo grau de

⁶⁷ AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. O dever de falar a verdade e o processo. **Revista IOB de Direito Divil e Processo Civil, Porto Alegre**, v. 11, n. 61, p. 88-102, set./out.2009.

⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 120.

⁶⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 207.

⁷⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 434.

jurisdição. Ademais, o contraditório é eficaz para garantir eventual risco de uma atuação parcial por parte do juiz, em se tratando de instrução probatória.⁷¹

Nesse sentido, leciona Carlos Aberto Álvaro Oliveira:

“As considerações até agora desenvolvidas mostram suficientes, a nosso parecer, para evidenciar o não-comprometimento da parcialidade do magistrado com a assunção dos meios probatórios, desvio esse que, ademais, poderá ser perfeitamente controlado pelo contraditório, dever de motivação e possibilidade de reexame da decisão em segundo grau de jurisdição.”⁷²

Para Ada Pellegrini, o controle da atividade instrutória oficial pode ser visto sobre três parâmetros. O primeiro refere-se à observância rigorosa do princípio do contraditório, uma vez que a colheita da prova deve contar, necessariamente, com a participação das partes e do magistrado. O segundo diz respeito à obrigação de fundamentação/motivação das decisões judiciais, que, destarte, deve ser feita pelo juiz tanto no momento de determinar a produção de prova como no momento da sua valoração. Por fim, tem-se que as provas não podem transgredir valores constitucionais ou regras processuais, ou seja, não podem ser ilícitas ou ilegítimas.⁷³

Portanto, o juiz, ao determinar a produção de provas, não estaria interferindo em sua imparcialidade, uma vez que não sabe previamente o resultado da prova que será produzida, não favorecendo a nenhuma das partes. Outro aspecto relevante é que, quanto maior for a apuração dos fatos, o direito material tende a ser aplicado mais corretamente, o que acarretaria numa vitória atribuída a parte que tiver razão.⁷⁴

⁷¹ WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 29.

⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro Oliveira. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 151.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 27/71. São Paulo: RT, p. 6-7, 1999.

⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 116.

2. EFEITO DEVOLUTIVO NO ÂMBITO DA APELAÇÃO

2.1 Da Apelação

2.1.1 Conceito

A apelação é denominada de recurso por excelência (recurso-tipo) em razão de ser o mais genérico e padrão dos recursos. Além disso, toda e qualquer tipo de sentença prolatada é passível de apelação, desde que a decisão judicial impugnada se enquadre na definição prevista no art. 162, §1º do CPC⁷⁵, e não haja meios outros definidos no ordenamento.⁷⁶

Ocorre que o ordenamento processual pátrio não conceitua recurso, tampouco o que seja apelação. O art. 513 do Código de Processo Civil apenas dispõe que: “Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”. A definição de sentença, por sua vez, encontra-se disposta no artigo 162, §1º, do mesmo diploma legal como “o ato do juiz que implica em algumas das situações nos art. 267 e 269 desta lei”, haja vista a alteração introduzida pela Lei nº 11.232/2005.

Convém ressaltar que a Lei nº 11.232/2005, ao mudar o conceito de sentença, em relação à execução do julgado apresentou um avanço, porém, em relação à recorribilidade das decisões fez surgir o problema de definição do recurso cabível.⁷⁷ A nova definição de sentença, por conseguinte, mostra-se inadequada e insuficiente.

⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 8. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 529.

⁷⁶ É importante ressaltar que há exceções no binômio sentença-apelação. A primeira delas encontra-se na Lei nº 6.830/80 que prevê o cabimento dos embargos infringente de alçada em face de sentença prolatada em execução fiscal ou então nos seus respectivos embargos, sempre que o valor da causa for igual ou inferior a 50 OTNs. Já a segunda refere-se ao cabimento de recurso inominado em face das sentenças proferidas no âmbito dos juizados especiais, conforme o disposto no art. 41 da Lei nº 9.099 e nos arts. 1º e 5º da Lei nº 10.259. Por fim, as últimas exceções encontram-se previstas no art. 105, II, alínea “c”, da Constituição Federal, bem como no art. 539, II, alínea “b” do Código de Processo Civil. Deste modo, é cabível recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça em face de sentença prolatada por juiz federal de primeiro grau em “causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no país.”

⁷⁷ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17.

Acerca dos dispositivos legais utilizados para definir sentença, o art. 267 cuida da sentença terminativa ou processual, enquanto que o art. 269 trata da sentença de mérito ou definitiva. Bernardo Pimentel elucida acerca do tema:

“Só há sentença diante da incidência total de alguma hipótese arrolada nos incisos dos artigos 267 e 269, isto é, se o juiz de primeiro grau aplicar algum inciso de forma integral, em relação ao processo; em contraposição, não há sentença se o pronunciamento de autoria de juiz de primeiro grau fundado em algum dos incisos dos artigos 267 e 269 não atinge o processo por inteiro, ou seja, não alcança todas as eventuais ações cumuladas.”⁷⁸

Portanto, não é mais a extinção do processo que indica o conceito de sentença. É cedido que esta permanece sendo o pronunciamento do juízo de primeiro grau. Entretanto, adotou-se o critério casuístico⁷⁹ para diferenciar sentença e decisão interlocutória, uma vez que a decisão também é o pronunciamento do juízo de primeiro grau, mas que não acarreta a extinção do feito ou a uma de suas fases, assim como ocorre com a sentença.

“O problema ameaçador criado através da intempestiva reforma repousa na linha divisória traçada entre sentença (art. 162, §1º), baseado no conteúdo do ato e, decisão (art. 162, §2º), definida por exclusão. Tais pronunciamentos surgem no curso do processo e, ao menos no tocante à resolução de mérito (art. 269), a sentença jamais extinguirá o processo (nem, diga-se, a sentença terminativa, relevado o erro flagrante do art. 267, *caput*).”⁸⁰

Assim, não deve preponderar a interpretação literal do art. 162, §1º, do CPC, em face do ordenamento processual civil. A sentença deve ser entendida como o “pronunciamento do juiz com aptidão de por fim à fase de conhecimento ou à fase de execução (antigos processos de conhecimento e de execução). Não se extinguindo estas etapas do processo sincrético, inexistirá sentença.”⁸¹

O pronunciamento passível de apelação deve, então, preencher duas condições concorrentes e simultâneas: a primeira de amoldar-se a uma das hipóteses elencadas nos arts. 267 e 269 e a segunda de relevar capacidade para extinguir o processo, ostentando a função de ato final do procedimento.⁸²

⁷⁸SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução ao direito processual civil e ação rescisória**. v. 3, 9.ed. 2012, p. 230.

⁷⁹ Bernardo Pimental explica que o Código Vigente adotou o critério casuístico, pois “não é mais a extinção do processo que revela se o pronunciamento por juiz de primeiro grau com conteúdo decisório é sentença, ou não”.

⁸⁰ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 408.

⁸¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 42.

⁸² ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 410.

2.1.2 Requisitos de admissibilidade

O objeto do juízo de admissibilidade é determinado pelos requisitos essenciais para o conhecimento e julgamento do mérito dos recursos. Estes requisitos (pressupostos ou condições) são determinados pelo Código de Processo Civil brasileiro: cabimento, tempestividade, legitimidade, interesse recursal, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, e por fim, o preparo.⁸³

A apelação é cabível toda vez que se tiver interesse em impugnar uma determinada sentença, como prevê o art. 513 do CPC. O conceito de sentença, conforme já explicitado na subseção anterior, foi redefinido pela Lei nº 11.232/2005. Assim sendo, os atos decisórios proferidos pelo juízo de primeiro grau, que implicam em uma das hipóteses dos artigos 267 e 269 (nova definição de sentença), e desde que ponham fim a determinada etapa do processo, são apeláveis.⁸⁴

Vale ressaltar que, ao recorrer da sentença definitiva ou terminativa, pode o apelante alegar tanto os vícios de julgamento (*errores in iudicando*), quanto os de atividade (*errores in procedendo*). O vício de atividade ocorre quando o órgão judiciário desrespeita regra relativa ao procedimento. Já o vício de julgamento acarreta uma injustiça na sentença e decorre de equívoco na apreciação das questões de fato pelo órgão judiciário.⁸⁵

No que se refere ao requisito de tempestividade, o prazo para a interposição da apelação encontra-se disciplinado no art. 508 do CPC. Deve o apelo, desta maneira, ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias, conforme a inteligência do referido artigo.⁸⁶

Ademais, por força do art. 514 do CPC, a interposição do recurso apelatório deve ser por petição, isto é, peça autônoma impressa ou datilografada. Logo, não é admissível apelação oral e nem por simples cota no autos. O mencionado artigo determina, ainda, que a peça deve ser direcionada ao próprio juiz prolator da sentença, uma vez que cabe a este proferir o primeiro juízo de admissibilidade.⁸⁷

⁸³ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação civil: teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: RT, 2002, p. 81.

⁸⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 403-410.

⁸⁵ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 414-415.

⁸⁶ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação civil: teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: RT, 2002, p. 158.

⁸⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução ao direito processual civil e ação rescisória**. v. 3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.

Já o conteúdo do recurso apelatório é, também, determinado pelo art. 514 e deve conter: os nomes e qualificação das partes; os fundamentos de fato e de direito e, por fim, o pedido de nova decisão. Ademais, deve a petição ser assinada por advogado habilitado e na falta desta é possível que a irregularidade seja sanada, conforme prevê o art. 284 do CPC.

Por fim, a petição apelatória deve ser instruída com a guia comprobatória do pagamento de preparo, sob pena de o seu recurso ser declarado deserto e, conseqüentemente, acarretar em uma prolação de juízo negativo de admissibilidade. A mencionada regra, todavia, comporta exceções, tanto no que diz respeito ao momento da comprovação do preparo, como em relação à própria dispensa do preparo.⁸⁸

2.1.3 Efeitos

A interposição do recurso de apelação admissível produz, em relação à sentença interposta, dois principais efeitos: o devolutivo e o suspensivo. Portanto, a regra na apelação é a do duplo efeito.⁸⁹

Ressalta-se, ainda, que estes efeitos não são produzidos automaticamente, pois necessitam de decisão judicial, que deverá, por sua vez, receber o recurso e declarar os efeitos em que este será recebido. Entretanto, “o fato de os efeitos da apelação dependerem da decisão que os declare não significa, contudo, que o magistrado possa conferir ao recurso um regime diverso dos efeitos. A sua vinculação ao que determina a lei é indiscutível.”⁹⁰

Desse modo, se há previsão para o duplo efeito, não pode o juiz *a quo* suprimir o efeito suspensivo, da mesma maneira que não poderá concedê-lo nas situações em que o recurso produza somente o efeito devolutivo.⁹¹

Pois bem, em razão do efeito devolutivo, as matérias suscitadas pelas partes no decorrer do processo são transferidas ao juízo *ad quem* com o escopo de serem

⁸⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. Bernardo Pimentel. **Introdução ao direito processual civil e ação rescisória**. v. 3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 255-256.

⁸⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 416.

⁹⁰ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

⁹¹ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

reanalisadas.⁹² “A essa possibilidade de apreciar o pedido formulado no recurso (art. 514, III), em razão da respectiva admissibilidade, calha a designar de efeito “devolutivo”.”⁹³

Por outro lado, o efeito suspensivo determina que a sentença não produzirá efeito enquanto se encontra pendente o prazo para a interposição do recurso de apelação. O mencionado efeito encontra, contudo, exceções, previstas no art. 520 e 1184, ambos do Código de Processo Civil, bem como em legislação específica⁹⁴, que dispõe sobre as hipóteses em que o referido recurso será apenas recebido no efeito devolutivo.⁹⁵

Além disso, não obstante verifiquem-se os efeitos devolutivo e suspensivo como os possíveis na apelação, diversos outros efeitos podem ser a ela atribuídos, tais como o obstativo, substitutivo, translativo, regressivo.

Quanto ao efeito obstativo, certo é que a interposição de qualquer recurso posterga o surgimento da coisa julgada. Deste modo, interposto o recurso, e enquanto se espera o seu julgamento, não há como incorrer sobre a decisão recorrida preclusão ou coisa julgada.⁹⁶

O efeito substitutivo, por outro lado, sobrevém toda vez que o tribunal reforma a sentença em razão de *error in iudicando*, bem como quando se nega provimento a apelação. Todavia, não ocorre a substituição quando há a cassação da sentença pelo juízo *ad quem* por erro de procedimento, também denominado *error in procedendo*.⁹⁷

No que concerne ao efeito translativo, é por meio deste que ocorre a apreciação pelo tribunal de todas as questões de ordem pública, independentemente de terem sido deduzidas pelo apelante. “O efeito translativo está consubstanciado na apreciação oficial

⁹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: JusPdvM, 2009, p. 104-105.

⁹³ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 416.

⁹⁴ É importante lembrar que a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) não prevê a hipótese do efeito suspensivo para o recurso de apelação. Nesse sentido, também é o art. 14 da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68).

⁹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 8. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 539.

⁹⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução ao direito processual civil e ação rescisória**. v. 3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 524.

⁹⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução ao direito processual civil e ação rescisória**. v. 3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.

pelo órgão julgador do recurso de matérias cujo exame é obrigatório por força de lei, independentemente de provocação pelo recorrente”.⁹⁸

Para Nelson Nery, o efeito devolutivo não abrange as questões de ordem pública, pois o órgão *ad quem* não pode julgar além do que fora pedido no recurso, sob pena da decisão ser *ultra petita*. Defende, todavia, que as matérias de ordem pública, não constantes da apelação ou contrarrazões, devem ser apreciadas de ofício pelo juízo por força do efeito translativo, nos termos dos arts. 515, §§ 1º. a 3º e 516 do Código de Processo Civil.⁹⁹

Já Carlos Eduardo Stefan dias compreende que o efeito devolutivo da apelação engloba todo o material aduzido e submetido ao julgamento do tribunal, seja de ordem pública ou não, abrangendo, inclusive, matérias não examinadas pelo juízo de primeiro grau.¹⁰⁰

Outrossim, é característico do efeito devolutivo o conhecimento das matérias que sequer foram aludidas no recurso de apelação e que tampouco tiveram um exame exaustivo pelo juiz *a quo*. A interposição do recurso entrega ao tribunal as questões de ordem pública ou até mesmo aquelas sobre as quais o magistrado pode pronunciar *ex officio*, como os honorários de advogado e juros legais.¹⁰¹

No tocante ao efeito regressivo ou de retratação, estes não são passíveis de serem encontrado no recurso de apelação, segundo Bernardo Pimentel. A matéria recorrida, dessarte, em regra, não retorna ao juízo de primeiro grau. No entanto, as exceções são encontradas nos artigos 285-A, § 1º, e 296, *caput*, todos do Código de Processo Civil, bem como no artigo 198, inciso VII, da Lei nº 8.069, de 1990.¹⁰²

Em sentido contrário, Aplogriano compreende que a apelação produz, em algumas ocasiões, o efeito regressivo, que consiste na possibilidade de o mesmo juiz *a quo*

⁹⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel Bernardo Pimentel. **Introdução ao direito processual civil e ação rescisória**.v. 3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: TR, 2004, p 482.

¹⁰⁰ ELIAS, Carlos Eduardo Stefan. **Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo**. Sao Paulo: Atlas, 2010. p. 17.

¹⁰¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 226-227.

¹⁰² SOUZA, Bernardo Pimentel. Bernardo Pimentel. **Introdução ao direito processual civil e ação rescisória**.v. 3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195.

reformular sua decisão.¹⁰³ Nessa esteira, o apelo é capaz de provocar o efeito regressivo, e, em face deste, o juiz é autorizado a se retratar e modificar a sua sentença, no limite fixado pelo recorrente.¹⁰⁴

Vale frisar, contudo, que os referidos autores citam como exemplo os mesmos artigos, sendo utilizados como exceção por Bernardo Pimentel, enquanto que Apligrano os entende como integrantes do efeito regressivo.

Convém destacar que alguns doutrinadores, como Flávio Cheim, entendem que “o único efeito - em sentido técnico - que pode ser atribuído aos recursos é o efeito devolutivo, justamente aquele que proporciona novamente o conhecimento da matéria impugnada.”¹⁰⁵ Todos os outros recursos, ou decorrem naturalmente do efeito devolutivo ou são consequências de uma nova fase processual, a chamada recursal.

2.2 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo da apelação ocorre quando há a transferência do conhecimento da matéria julgada ao órgão *ad quem*¹⁰⁶. Ademais, “O efeito devolutivo é o que atribui ao juízo recursal o exame da matéria analisada pelo órgão jurisdicional recorrido (juízo *a quo*).”¹⁰⁷ É, em razão dele, que se permite ao tribunal reapreciar a decisão do juízo de primeiro grau.

Para Nelson Nery, o efeito devolutivo é uma mera manifestação do princípio do dispositivo e renova o direito de ação em outro nível de jurisdição ao devolver o reexame da matéria impugnada. Assim, o pedido de reforma, que não pode ser feito de forma genérica, vincula os limites e o âmbito da devolutividade da nova decisão.¹⁰⁸

Araken de Assis compreende que o efeito devolutivo não necessariamente pressupõe a remessa da matéria impugnada a outro órgão:

¹⁰³ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 306-307.

¹⁰⁴ RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise sistemática dos efeitos da apelação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 62, p. 79-88, maio, 2008.

¹⁰⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 226.

¹⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 259.

¹⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 524.

¹⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: TR, 2004, p.433

“A essência do efeito devolutivo, relativamente aos meios previstos no art. 496, localiza-se na remessa ao conhecimento do mesmo ou de outro órgão judiciário da matéria julgada e impugnada e, sob algumas condições, passível de ser julgado no órgão *a quo*.”¹⁰⁹

Nesse sentido, Flávio Cheim Jorge percebe o efeito devolutivo como a obtenção de um novo pronunciamento pelo poder judiciário, por meio de um órgão competente. Este órgão, em regra, não é o próprio prolator da decisão recorrida, entretanto, nada impede que, também, não o seja.¹¹⁰

Não obstante a discussão acerca da necessidade ou não de devolução da matéria a um órgão outro nível jurisdicional a fim de que ocorra o efeito devolutivo, principalmente em relação ao recurso de embargos de declaração e agravo retido, para a apelação este efeito é regra e objetiva o reexame de questão já decidida pelo juízo *a quo*, nos limites estabelecidos em lei.¹¹¹

Alcides de Mendonça Lima leciona que, tradicionalmente, chama-se devolução o conhecimento da demanda por tribunal ou órgão diverso daquele que prolatou a decisão recorrida. Ensina, todavia, que, segundo a acepção clássica, não se pode considerar o sentido prático da referida expressão, assim, devolução não deve ser empregada apenas quando há a transferência da matéria impugnada a outra órgão, mas sempre que houver o reexame da causa. E conclui:

“[...] A devolução deve, assim, ser entendida em face do Poder Judiciário, em sua estrutura e em sua unidade: o recorrente provoca, novamente, a manifestação do Poder Judiciário a respeito da matéria controvertida, por via do recurso hábil. Com essa solução, simples e prática, afastam-se as digressões e divergências, doutrinárias e técnicas, sobre quais os recursos que ensejam, ou não a devolução. Todos, por este raciocínio, devolvem o conhecimento nos limites estabelecidos em lei para cada espécie.”¹¹²

Certo é que sejam matérias decididas ou não em primeiro grau, sejam alegações de fato ou de direito já apresentadas ou inéditas, sua formulação perante o juízo recursal atualiza o efeito devolutivo e se presta às funções primordiais do recurso de apelação:

¹⁰⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 247.

¹¹⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 233-234.

¹¹¹ CARVALHO, Carla Fernanda Rangel Silva. Efeito devolutivo da apelação e capítulos da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.217, p.121-146, mar./2013.

¹¹² LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2.ed. São Paulo: RT, 1976, p.286

permitir a crítica à sentença, possibilitar um novo julgamento do conflito ou servir à manutenção da regularidade formal do processo.¹¹³

2.3 Da devolutividade ampla e restrita

O recurso de apelação permite o exercício da ampla atividade cognitiva pelo tribunal, sendo considerada como “o principal instrumento por meio do qual atua o princípio do duplo grau de jurisdição”.¹¹⁴ Permite-se a discussão acerca de todas as matérias de direito e de fatos analisadas em primeiro grau, ainda não abrangidas pela preclusão, o que propícia uma ampla revisão do exame da causa.¹¹⁵

Desse modo, o apelo possui uma vasta abrangência mediante a qual a decisão impugnada pode ser revisada. Trata-se de recurso de fundamentação livre que possibilita a revisão da sentença tanto no que se refere a questões de fato como de direito. Pode-se analisar, então, algum vício constante no processo, seja ele de julgamento (erros iudicando), seja de procedimento (errores in procedendo).¹¹⁶

No mesmo diapasão, a apelação possui devolutividade ampla, isto é, possibilita a impugnação de vício encontrado na sentença, seja de forma (*error in procedendo*), seja de julgamento (*error iudicando*). Permite-se, por exemplo, a alegação de incorreção formal da sentença, assim como a de algum erro cometido pelo juízo em relação a interpretação dos fatos contidos nos autos. No que se refere aos erros formais, uma vez constatados, necessária a remessa dos autos ao primeiro grau para feitura de nova sentença, exceto em casos excepcionais como o do artigo 514, §4º, do CPC.¹¹⁷

É importante destacar que dois sistemas podem ser adotados quanto ao objeto da revisão e a extensão do efeito devolutivo, o do *novum iudicium* (ilimitado reexame da causa) ou o da *revisio prioris instantie* (apelação limitada ao exame de sentença).

¹¹³ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17.

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 406.

¹¹⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Apelação civil: teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: RT, 2002, p. 54

¹¹⁶ NELSON, Rodrigues Netto. Análise sistemática dos efeitos da apelação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 62, p. 79-80, maio, 2008.

¹¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 8. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 524-525.

Assim, caso se admita o primeiro sistema, as partes podem inovar em sede de apelação, inclusive, formular novos pedidos e oferecer novas provas. No entanto, adotando-se o segundo, tem-se como defeso o ato de inovar em grau recursal, devendo o órgão *ad quem* julgar nos estritos limites do material colhido na primeira instância, não sendo possível a apresentação de novas provas ou defesas.¹¹⁸

Nessa esteira, Apligrano leciona acerca do recurso apelatório como continuação do procedimento de primeiro grau, também denominado de sistema da *novum iudicium*. Neste modelo de amplo reexame da causa, a apelação é vista como uma renovação de todo o processo e não somente de julgamento, permitindo-se, desse modo, a alegação de novas razões e fatos, bem como exceções, meios de provas e documentos.¹¹⁹

Segundo Fredie Didier Junior, vige no direito brasileiro a vedação da regra do *ius novorum*, ou seja, da possibilidade de inovação em segundo grau. Admite-se, apenas, a alegação de fatos novos que não puderam ser aduzidos por motivo de força maior (inteligência do artigo 514 do Código de Processo Civil).¹²⁰

Para Nelson Nery o debate da doutrina a respeito da *apellatio* do direito romano, sobre se o recurso de apelação é uma *revisio priori instantie* ou se um *novum iudicium*, era, em verdade, uma falsa antítese. Isto porque os recursos podem ter tanto função anulatória (rescindentes), para impugnar *errores in procedendo*, assim como função modificativa (substitutiva), para atacar *errores in iudicando*.¹²¹

Assim sendo, a apelação visa a controlar decisão proferida em primeiro grau para sanar prováveis erros cometidos pelo juízo *a quo*, bem como objetiva o reexame de toda controvérsia. Ademais, sua devolução ocorre, ainda que o recurso trate de questão processual, e não somente de mérito.

“Por uma característica específica do direito brasileiro, a devolução da matéria ao tribunal, se de um lado não permite que as partes tragam matéria estranha ao primeiro julgamento, de outro impõe que a atividade do segundo grau vá somente onde chegou o primeiro julgado.”¹²²

¹¹⁸ PEREIRA, Joana Carolina Lins. **Recursos de Apelação**. Curitiba: Juará, 2003, p. 261.

¹¹⁹ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 95.

¹²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: JusPdvM, 2009, p. 105.

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: TR, 2004, p.431.

¹²² APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 96.

No entendimento de Apligriano, o ordenamento processual brasileiro acolheu um sistema rígido de preclusões, que impede às partes de terem condições de alegar novas defesas e requerer a produção de prova em segundo grau. Desta feita, do ponto de vista da instrução probatória, o tribunal não está em posição idêntica ao juiz de primeiro grau, uma vez que, em regra, não há como determinar provas e presidir a instrução da causa, já realizados anteriormente. “Caberá ao tribunal julgar o recurso com base no material fático e probatório já existente, o que diferencia significativamente do juízo de primeiro grau.”¹²³

Ocorre que a determinação de provas pelo juiz não deve ocorrer apenas em primeiro grau de jurisdição. Seus poderes de instrução não sofrem limitação na esfera recursal. Tampouco a suposta dedução de inovação fática pode ser empregada como argumento contrário. Não há uma ampliação de fatos conhecidos em primeiro grau. O tribunal irá julgar com base nos mesmo fatos, mas se utilizando de novas provas. Logo, os fatos são os mesmos e a alteração introduzida poderá refletir tão-somente em sua valoração.¹²⁴

No que se refere aos fatos já ocorridos e não suscitados em primeiro grau, estes podem ser alegados no recurso apelatório, desde que a parte comprove que deixou de fazê-lo em razão de força maior, conforme determina o art. 517 do CPC. O litigante deve, então, demonstrar ao tribunal o acontecimento de força maior por meio de documentos, juntados às razões recursais, sendo possível, também, a designação de audiência ou produção de qualquer outra prova a esse fim.¹²⁵

Rogério Licastro leciona acerca das hipóteses em que é possível a alteração do cenário fático da demanda, posteriormente à fase instrutória em primeiro grau, quais sejam:

“[...] i) fatos ou direitos supervenientes que sejam modificativos, extintivos ou constitutivos do direito em debate, cuja cognição pelo órgão julgador poderá dar-se a requerimento da parte ou ex officio, ou (ii) fatos que, em que pesa a preexistência ao início da demanda, não tenham sido a esta conduzidos por razões alheias à vontade da parte (força maior).”¹²⁶

Com efeito, a primeira hipótese supracitada diz respeito ao art. 462 do CPC, isto é, à aquelas situações que não existiam quando do início da demanda, ou seja, surgiram

¹²³ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 97.

¹²⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 250-151.

¹²⁵ ELIAS, Carlos Eduardo Stefén. **Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 111-112.

¹²⁶ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211.

no decurso da demanda, já a segunda hipótese refere-se ao art. 517 do CPC, em que os fatos são preexistentes, mas que não puderam ser carreados por motivo de força maior pela parte.¹²⁷

A prova de fato novo pode ser feita por meio de documentos e, caso seja necessário outro meio de prova, o tribunal mesmo mandará produzir e colher a referida prova, a cargo do relator, ou ainda, poderá este, alternativamente, remeter os autos à primeira instância para a produção da referida prova, aplicando-se analogicamente o artigo 492 do CPC.¹²⁸

Nesse sentido, tanto a alegação de fatos superveniente (art. 462 do CPC), como a de fatos novos (art. 517 do CPC) poderá demandar alguma atividade probatória em grau recursal, a fim de que estes possam ser demonstrados. Entretanto, para que sejam utilizados no julgamento, necessário que estes sejam submetidos ao contraditório.¹²⁹

Desse modo, seja em relação ao reexame dos fatos ou no que diz respeito à alegação de fatos novos, cabe ao tribunal presidir a instrução probatória diretamente, necessária para análise da questão fática quando do julgamento do recurso apelatório.

Faz-se mister destacar ainda, que a diferença entre os fatos novos e o efeito devolutivo, consiste em que este busca avaliar se as questões já existentes no processo podem ser levadas ao conhecimento do tribunal, enquanto que os fatos novos integram diretamente o objeto da atividade cognitiva na esfera recursal.¹³⁰

2.4 Extensão e profundidade do efeito devolutivo

O efeito devolutivo da apelação pode ser examinado sob dois aspectos: um referente a sua extensão e outro a sua profundidade. Nessa esteira, Barbosa Moreira leciona sobre o desdobramento do referido efeito: “Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão *ad quem* pra julgar.”¹³¹

¹²⁷ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212.

¹²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: JusPdvM, 2009, p. 105.

¹²⁹ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212.

¹³⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 248.

¹³¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 236.

Cabe ao recorrente fixar a extensão do efeito devolutivo nas razões de seu apelo, quando pleiteia o pedido de nova ação. Cuida-se da regra do *tantum devolutum quantum appellatum*.¹³² Logo, a extensão do efeito devolutivo é verificada por meio de aferição da impugnação, ou seja, pelos comandos imperativos da sentença, contra os quais o apelante insurgiu-se em seu recurso.¹³³ “A extensão é verificada em perspectiva horizontal, relacionada ao objeto da decisão recorrida, donde se conclui que a decisão do tribunal poderá cobrir área igual ou menos do que submentida à cognição do juiz a quo.”¹³⁴

Destarte, o recurso apelatório não devolve ao tribunal matéria diversa ao julgamento recorrido. Todavia, faz-se mister lembrar que são apreciadas pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo não tenham sido julgadas por inteiro na sentença. Do mesmo modo, se houve um pedido com mais de um fundamento, o recurso apelatório poderá conhecer dos demais, por mais que tenha sido acolhido somente um fundamento em primeiro grau.¹³⁵

Além disso, a liberdade de atuação intrínseca do apelante possui outra consequência. Em relação ao objeto da sentença, o recurso pode ser total ou parcial, nos termos do art. 505 do Código de Processo Civil. Deste feita, se a recorribilidade for parcial, somente a matéria efetivamente impugnada pode ser examinada pelo juízo *ad quem*. Assim, diante do recurso parcial, faz-se necessário analisar “que matéria deverá ser reexaminada e que capítulos, ao contrário ficam desde logo, cobertos pela coisa julgada e, portanto, insuscetíveis de reexame.”¹³⁶

Contudo, para que seja possível a determinação da matéria que será devolvida, faz-se mister a compreensão do que venham a ser os capítulos da sentença, questão ainda discutida pela doutrina.

Chiovenda entende que cada pedido formulado pela parte corresponde, necessariamente, a um capítulo da sentença que são partes independentes do dispositivo. Assim, caso o apelante não impugne um capítulo em específico, a matéria será considerada

¹³² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: JusPdvM, 2009, p. 105.

¹³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 428.

¹³⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 236.

¹³⁵ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 98.

¹³⁶ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 117.

como não impugnada; da mesma maneira, se a decisão do tribunal fizer referência aos capítulos que não foram objeto de recurso, esta será considerada *extra petita*. “Pela correspondência entre demanda e sentença, em cada capítulo desta, a vontade da lei é declarada.”¹³⁷

Carnelutti, ao admitir o fracionamento da sentença, retira o foco dos pedidos para colocá-lo sobre a lide e as questões antecedentes e fundamentais para resolvê-la. Segundo ele, a oposição das alegações de fato e de direito, contidas na exordial e na contestação, ensejam as questões controvertidas no processo, as quais deve o juiz resolver a fim de solucionar a lide. Desse modo, atribui-se relevância não somente ao dispositivo da sentença, mas sim à sua fundamentação, uma vez que nela são solucionadas todas as questões que levam à resolução do conflito. Cada resolução, por sua vez, origina um capítulo, assim, se diversas questões são decididas para o julgamento de somente um pedido, cada uma delas configura um capítulo distinto. Logo, ao contrário de Chiovenda, um pedido não corresponde, necessariamente, a um capítulo da sentença, haja vista que vários capítulos podem se referir ao fundamento de apenas um pedido.¹³⁸

Já Liebman compreende a sentença como um ato de conteúdo dúplice constituído por uma pronúncia imperativa (plano horizontal) e por uma construção lógica onde esta fica registrada (plano vertical).¹³⁹ Na perspectiva horizontal, fragmentam-se os vários provimentos autônomos possivelmente cumulados na pronúncia imperativa. Esses fragmentos se mostram como objetos processuais autônomos e distintos (deduzíveis em ações independentes). No plano vertical, por sua vez, encontram-se todas as matérias de fato e direito enfrentadas e decididas pelo juiz, descrevendo o seu raciocínio lógico decorrido para a solução final do litígio.

José Carlos Barbosa Moreira leciona a respeito da sentença como ato de duplo conteúdo:

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1936. t. I, P. 145-146 apud ELIAS, Carlos Eduardo Stefen, *Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.

¹³⁸ CANELUTTI, Francesco. *Capo di sentenza*. Studi di diritto processuale. Pavoda: Ceda, 1939. Vol. III, p. 100, apud ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 24

¹³⁹ LIEBMAN, Enrico Tulo. “Parte” o “capo” di sentenza. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XIX. Padova: Cedam, 1964. P.47 e 48, apud ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 26.

“A decisão apelada tem o seu *objeto*: pode haver julgado o mérito da causa (sentença definitiva), ou matéria preliminar ao exame do mérito (sentença terminativa). É necessário verificar se a decisão do tribunal cobrirá ou não área igual à coberta pelo juiz *a quo*. Encara-se aqui o problema, por assim dizer, de forma *horizontal*.”

“Por outro lado, a decisão apelada tem seus *fundamentos*: órgão de primeiro grau, para decidir, precisou naturalmente enfrentar e resolver questões, isto é, pontos duvidosos de fato e de direito, suscitados pelas partes ou apreciados *ex officio*. Cumpre averiguar se todas essas questões, ou nem todas devem ser reexaminadas pelo tribunal, para proceder, por sua vez, ao julgamento; ou ainda se, porventura, não de ser examinadas questões que o órgão *a quo*, embora pudesse ou devesse apreciar de fato *não* apreciou. Focaliza-se aqui o problema na perspectiva *vertical*.”¹⁴⁰

Pois bem, o referido modelo exerceu influência no Brasil em relação ao conceito de efeito devolutivo do recurso apelatório “sobretudo diante do que dispõe o art. 515 do CPC e seus parágrafos: o pedido de reforma da sentença limita o plano horizontal, habilitando o órgão recursal ao amplo (ilimitado) exame no plano vertical da sentença.”¹⁴¹

Demais disso, é amplamente acolhido o entendimento de que o *caput* do art. 515 do CPC, ao estatuir que a apelação entrega ao conhecimento do órgão recursal a matéria recorrida, está se referindo aos comandos imperativos da sentença. Vale lembrar que também se inclui no comando da sentença a matéria relativa aos pressupostos de constituição e validade do processo.¹⁴²

Araken de Assis ensina que a extensão é definida por dois elementos cumulativos, o primeiro em relação à impugnação do recorrente e o segundo em relação ao estágio de cognição que fora alcançado pelo juízo *a quo*, no referente às três classes de questões (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), assim, dentro da correspondente classe, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento de todas e quaisquer questões.¹⁴³

Ademais, superando-se a análise da extensão do efeito devolutivo, faz-se mister averiguar a sua profundidade:

¹⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 429.

¹⁴¹ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Apelação**: os limites objetivos do efeito devolutivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

¹⁴² ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Apelação**: os limites objetivos do efeito devolutivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31-32.

¹⁴³ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 437.

“Dois grupos de questões, além do objeto da impugnação, cabe ao tribunal examinar no apelo: em primeiro lugar, as questões que tocam ao órgão ad quem resolver ex officio; ademais, o que o juiz de primeiro grau, apesar da iniciativa da controvérsia promovida pelas partes, abstraiu do seu pronunciamento, porque estimou desnecessário ou inútil.”¹⁴⁴

Assim, a profundidade do efeito devolutivo é considerada como integral e infinita, permitindo que o juízo recursal trabalhe com todo o material de cognição produzido no juízo *a quo* concernente à matéria impugnada, e não somente com aquele expressamente mencionado na sentença ou alegado nas razões recursais.¹⁴⁵

Na mesma esteira, a profundidade implica na livre apreciação de todos os fundamentos pelo tribunal, mesmo que não tenham sido expressamente mencionados nas razões recursais.¹⁴⁶ São vislumbrados os fundamentos e as questões analisadas, ou ainda as que poderiam ser examinadas pelo juiz *a quo*, para apreciação da pretensão aduzida.¹⁴⁷

Em suma, mesmo as questões não abordadas na sentença podem ser inseridas no efeito devolutivo da apelação. Poderão, então, ser deduzidas no apelo matéria efetivamente discutidas e abordadas no processo, bem como aquelas ainda não discutidas, anteriores à sentença. É o que se constata dos arts. 515, §1º e 516 do CPC.

“Os arts. 515 e 516 do CPC estabelecem a profundidade da cognição a ser exercida pelo tribunal, respeitada a extensão fixada pelo recorrente. Assim, tendo o recorrente, por exemplo, postulado apenas a reforma parcial do julgado, o tribunal, não ultrapassando esse limite de extensão, poderá analisar todo e qualquer fundamento, provas e demais elementos contidos nos autos, ainda que não abordados na sentença recorrida. Enfim, poderá o tribunal, em profundidade, analisar todo o material constante dos autos, limitando-se, sempre à extensão fixada pelo recorrente.”¹⁴⁸

Deste modo, no que concerne ao material utilizado pelo juízo *ad quem* no julgamento da apelação, tem-se que a apelação brasileira é bastante ampla, abrangendo não apenas as questões já decididas na sentença, mas, também, as que foram suscitadas e que poderiam ter sido apreciadas na decisão, bem como as questões de ofício.¹⁴⁹

¹⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: TR, 2004, p.438.

¹⁴⁵ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

¹⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 525.

¹⁴⁷ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 237.

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. Salvador: JusPdv, 2009, p. 106

¹⁴⁹ APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 154.

Por fim, no que diz respeito as questões de ordem pública é importante lembrar que “não dependem sequer da prévia decisão do órgão a quo a seu respeito, a teor da redação vigente do art. 516. É suficiente que pudesse decidi-las, ocorrendo alegação do interessado, ou provendo o juiz de ofício.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 434.

3. POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS, NA INSTÂNCIA APELATÓRIA, PARA ALÉM DAS HIPÓTESES DO ART. 517 DO CPC

3.1 A função da prova, a busca pela verdade e o processo

A prova “constitui, pois o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.”¹⁵¹ A sua função, conforme o primeiro capítulo deste trabalho, é a de formar o convencimento (convicção) do magistrado acerca da verdade ou não dos fatos aduzidos pelas partes. Primeiro, firma-se a certeza sobre a existência desses fatos e, posteriormente, esta certeza, confirmada pela exclusão de todos os motivos opostos, transforma-se em convicção.¹⁵²

A propósito, leciona Moacyr Amaral Santos:

“A convicção sobre os fatos alegados em juízo constitui o que se chama prova, na tela judiciária. A natureza dos fenômenos que reclama a intervenção e a decisão do Estado, pelo seu aparelhamento judiciário, na aplicação do direito, não tolera nem permite, sob pena de graves lesões à ordem social e ameaça permanente ao seu equilíbrio, se considerarem provados os fatos alegados senão após a cabal convicção da sua existência, obtida por meios que a lei admite ou impõe.”¹⁵³

Pois bem, em regra (art. 333 do CPC), cabe às partes do processo a produção de prova, a fim de fundamentar as suas versões sobre a ocorrência causadora do litígio que deverá ser solucionado no âmbito do judiciário. Ocorre que, em razão da importância da atuação do juiz na solução dos conflitos, é permitido que este determine a complementação do acervo probatório para a busca da verdade material, conforme preconiza o art. 130 do CPC.¹⁵⁴

Ora, se o dever do magistrado é de aplicar o direito material ao caso em concreto, imperioso que haja a reconstrução dos fatos “a fim de que a hipótese prevista na

¹⁵¹ CINTRA, Antonio C. Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 350.

¹⁵² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 222.

¹⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 1. 5 ed. Porto Alegre: Sérgio A. Frabris Editor, 1983, p.8.

¹⁵⁴ CERQUEIRA, Eduardo Luiz Brasileiro. É possível a produção de provas em instância recursal. Revista Consultor Jurídico. Set. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.br/> >. Acesso em: 29 de agosto de 2013.

norma seja adequadamente aplicada, e que a medida dessa adequação estaria na maior ou menos aproximação da hipótese descrita na regra com a realidade descoberta.”¹⁵⁵

Ademais, por meio de um caráter publicista do processo, o escopo da jurisdição deixou de ser somente um meio para que as partes alcancem a solução do seu litígio, passando a exercer a importante missão na pacificação social dos conflitos, sob o domínio da lei. Desse modo, o interesse em questão não pertence somente as partes, mas também ao magistrado, que representa a sociedade. A verdade formal, por sua vez, sucedeu à verdade material como a função do processo e como fundamento da sentença. A prova é vista como o elemento de convicção do juiz, que deve ser conduzido ao correto convencimento acerca dos fatos alegados.¹⁵⁶

Nessa esteira, Rui Portanova entende que, com a modernidade publicista do processo, houve a adoção no processo civil do princípio da verdade real. Desta feita, aumenta-se cada vez mais a atuação do juiz no campo probatório, em prol da socialização do direito e do processo. Com efeito, em relação à prova, o progresso encontra-se justamente na substituição da verdade formal (ficta) pela verdade material ou real.¹⁵⁷

Do mesmo modo, o objetivo da prestação jurisdicional é a busca da verdade material a fim de garantir a paz social, “não se pode pensar na garantia do devido processo legal sem imaginar um contraditório entre os litigantes, que tenha como escopo maior a busca da verdade real, por meio de debate amplo e irrestrita liberdade de alegações e provas.”¹⁵⁸

É importante ressaltar, ainda, que a leitura de forma isolada de alguns dispositivos do CPC pode passar a impressão de que houve a adoção do princípio da verdade ficta. Ocorre que, apesar de haver presunção de veracidade em caso de revelia ou, ainda, da confissão ficta, conforme dispõem os arts. 319 e 343, §2º do CPC, respectivamente, a aplicação desses artigos ocorre de forma mitigada, produzindo apenas a presunção relativa.

¹⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v. 2. 8. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 255.

¹⁵⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.80, p. 71-85, nov. 2009, p. 75.

¹⁵⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 198-201.

¹⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**. v. 655, 1991, p. 14.

Até mesmo o art. 333 do CPC referente ao ônus da prova não é aplicado de forma tão coativa.¹⁵⁹

Logo, ao analisar atentamente o sistema processual civil, é possível notar que o código não impõe limite à perquirição da verdade pelo juiz. Pelo contrário, a busca pela verdade material por ele é consequência lógica de diversos institutos processuais. Além disso, o CPC ao impor às partes o dever de probidade e verdade corroborou a opção pela busca da verdade real. “Ao depois, as disposições concernentes ao juiz em relação à prova aparelham o juiz na superação dos formalismos.”¹⁶⁰

Nesse sentido, assinala Moacyr Amaral Santos acerca da possibilidade da determinação de prova de ofício pelo magistrado:

“Será lícito determinar, de ofício, diligências instrutórias naqueles casos em que se encontrar em dificuldade na formação de sua convicção quanto á verdade dos fatos cuja prova tenha sido dada pelas partes.”¹⁶¹

Logo, não há justiça sem verdade. A verdade constitui, portanto, um valor ideal a ser almejado pelos litigantes no processo.¹⁶² Demais disso, faz-se necessário ressaltar que “a verdade e a certeza são absolutos, dificilmente atingíveis. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior a sua iniciativa instrutória, mais perto da certeza chegará.”¹⁶³ Por conseguinte, a iniciativa probatória não deve recair somente sobre as partes, mas é necessário que o juiz possa determinar a produção ou complementação das provas, quando entender conveniente.

3.2 A verdade e a eficiência do processo

O processo efetivo é “aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”¹⁶⁴ O

¹⁵⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 199.

¹⁶⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 200.

¹⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 77.

¹⁶² BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52-56.

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**. 27/71. São Paulo: RT, 1999, p. 8.

¹⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

primeiro ponto de destaque, portanto, refere-se a ilusória ideia de que conferir celeridade ao processo, por si só, já seria suficiente para atingir a sua efetividade.

A efetividade não está ligada apenas a celeridade, mas a um processo que contenha, também, uma adequada instrução a fim de se cumpra um dos escopos da atividade jurisdicional, que é a correta aplicação do direito material. Muitas vezes é necessária a perquirição da verdade real dos fatos a fim de se alcançar o resultado almejado pela vontade concreta do direito.

Ademais, a iniciativa probatória tem papel essencial para a efetividade do processo, pois é dever do juiz participar ativamente na determinação de prova e em todo o processo, a fim aplicar corretamente a atuação do direito material, pois “não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas inaceitáveis, aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrador.”¹⁶⁵

Nessa esteira, destaca Antônio Carlos Marcato:

“A visão publicista deste exige um comportamento com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz, pode a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessária a seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas também desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.”¹⁶⁶

Com efeito, o processo efetivo está adstrito ao ideal e à ideia de uma verdade. Esta, por sua vez, deve ser perquerida pelo juiz, pois só desta forma poderá se aproximar de um ideal de justiça, almejado por todos.

Ademais, o processo é instrumento e, em assim sendo, deve ser utilizado de maneira que proporcione o melhor resultado almejado pelas partes que dele necessitem. E isso só é possível se for alcançado a partir de uma realidade confirmada no plano das relações referentes ao direito material. O processo deve, então, adequar-se ao seu escopo sua finalidade que é tutelar uma situação concreta e ser efetivo.¹⁶⁷

¹⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 71.

¹⁶⁶ MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 363.

¹⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 64-65

Destarte, sendo a atividade jurisdicional destinada à aplicação da lei, a ação ao poder de provocar essa atividade e fazer com que ela alcance o seu objetivo e a defesa o pressuposto do provimento judicial e essencial à correta imposição da regra ao caso em concreto, o processo, que é o lugar em que estas três atividades acontecem, deve ser o meio pelo qual se almeja a um provimento justo, isto é, que “represente a correta formulação e imposição da regra concreta”¹⁶⁸.

Logo, para que se possa chegar a um processo justo e efetivo necessária a produção de prova, com a consequente perquirição dos fatos, para se chegar o mais próximo da verdade possível. E para que isso aconteça, não basta somente que as partes requeiram a sua produção, mas é essencial que haja a possibilidade do magistrado determiná-la de ofício, em face de sua posição ativa na instrução, buscando-se sempre pela verdade fática, ponto essencial no direito processual.¹⁶⁹

3.3 A não aplicabilidade da preclusão ao acesso à prova

A preclusão é “a perda da faculdade ou do poder de praticar determinado ato processual relacionado com matéria sujeita à disponibilidade das partes.”¹⁷⁰ Assim sendo, no que diz respeito ao juiz, não é possível falar em faculdades processuais, mas apenas em poderes e deveres, que serão exercidos de acordo com o interesse das partes ou pelo interesse público, mas nunca em seu interesse.¹⁷¹

O art. 130 do CPC, por sua vez, não estipula tempo razoável para o juiz proceder à instrução probatória. Ademais, os prazos para o julgador são denominados impróprios, e o seu descumprimento não acarreta nenhuma consequência processual, mas apenas administrativa.¹⁷²

Certo é que as normas processuais concernentes à preclusão têm como finalidade possibilitar um desenvolvimento lógico e sucessivo do processo. Não podem sobressair, todavia, sobre o poder/dever do magistrado em tentar aclarar os fatos, para se

¹⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 71.

¹⁶⁹ SILVA, Nelson Finotti. Verdade real x verdade formal no processo civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n.1, set/out, 1999, p. 21.

¹⁷⁰ BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131.

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.3. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003,458.

¹⁷² BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 133.

chegar o mais próximo possível da verdade fática, uma vez que sua missão é a pacificação da justiça. Isso só será possível ocorrer se a decisão judicial resultar de uma correta atuação da norma aos fatos adequadamente provados.¹⁷³

Não há, nesse sentido, preclusão *pro judicato* no que concerne à aferição da matéria fática da causa, o que, na verdade, é compatível com as expectativas referentes ao processo civil contemporâneo. Vale destacar que essa instrução probatória em grau recursal está condicionada, tão somente, à iniciativa oficial, uma vez que, apesar de não existir preclusão para os magistrados das instâncias ordinárias, a preclusão atinge as partes, em razão das disposições contidas nos arts. 282 a 303 do CPC.¹⁷⁴

É importante ressaltar que o reconhecimento de um processo civil voltado para uma acepção mais publicista concebe ao juiz uma maior liberdade para determinar a realização de provas. Portanto, não há que se falar da participação do magistrado como mero espectador, ou seja, a figura de um juiz inerte. Deve ele, investido de seu poder jurisdicional, conduzir o processo para que haja um desfecho justo da lide.¹⁷⁵

Logo, quando existir necessidade da produção de prova, o julgador não deve se escusar de mandar realizá-la, sob alegação de preclusão ou outros critérios formais. Cabe a ele, caracterizada a indispensabilidade de determinada prova, deferi-la na busca pela correta aplicação do direito. Com efeito, inexistente para o magistrado preclusão no que concerne à prova, pois o interesse público de atingir a verdade real deve prevalecer sobre a preclusão, garantido-se sempre às partes a oportunidade para o pronunciamento acerca do conjunto de provas existente nos autos.¹⁷⁶

3.4 A produção da prova diretamente pela instância apelatória e a consolidação de um processo mais adequado aos fins da jurisdição.

É plenamente viável que o magistrado determine de ofício a produção de prova no âmbito do tribunal ao reanalisar o efeito, em razão da interposição de recurso,

¹⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 21.

¹⁷⁴ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284-282.

¹⁷⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 308.

¹⁷⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.80, p.71-85, nov. 2009, p. 84-85.

quando não houverem sido produzidos elementos suficientes para a formação do seu convencimento em relação à matéria fática.¹⁷⁷

Existe no segundo grau, portanto, assim como no primeiro, campo fértil para a formação de uma convicção própria do juiz. A esfera recursal é, ainda, mais importante para a construção de uma convicção acerca das questões fáticas constantes nos autos, uma vez que o “colegiado da atividade judicante experimentada em segunda instância pode tornar multifacetada a causa, o que afirmamos em face do entrelaçamento de opiniões e de juízo que ocorre (ou que deveria ocorrer!) quando da apreciação do recurso”¹⁷⁸

A apelação, por sua vez, é a modalidade de recurso na qual a instrução probatória em segundo grau mostra-se mais recomendável, haja vista se tratar de espécie recursal em que a questão propriamente dita (a “lide”) irá ser amplamente revisada pelo órgão recursal, o que, necessariamente, demanda um debate amplo e integral dos fatos controversos.¹⁷⁹

Desta feita, como o recurso apelatório retoma o conhecimento da matéria impugnada, e por ser o recurso ordinário típico, isto é, voltado para a apreciação de questões tanto de fato como de direito, o órgão recursal não fica restrito às provas anteriormente produzidas em primeiro grau, podendo, caso seja necessário, determinar a instrução probatória, com o objetivo formar o livre conhecimento do magistrado.¹⁸⁰

A atividade instrutória recursal, entretanto, não deve ser a regra. Esta justifica-se por dois motivos fundamentais: o estado de dúvida do órgão julgador no que concerne às provas, (a) seja em razão de prova contraditória produzida em primeiro grau, (b) seja em razão da não produção de prova em primeiro grau imprescindível para o desfecho da lide.¹⁸¹

¹⁷⁷ CERQUEIRA, Eduardo Luiz Brasileiro. É possível a produção de provas em instância recursal. Revista Consultor Jurídico. Set. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.br/> >. Acesso em: 29 de agosto de 2013.

¹⁷⁸ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Provas recursais: Variações do Assunto. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. v. 12. Revista dos Tribunais, p. 435.

¹⁷⁹ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Provas recursais: Variações do Assunto. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. v. 12. Revista dos Tribunais, p. 435 – 436.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. Correção de nulidade processual e produção de provas em sede de apelação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 154, 2007, p. 185.

¹⁸¹ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284-285.

Ademais, é importante salientar que o art. 560, parágrafo único, do CPC dispõe sobre a possibilidade da conversão do julgamento em diligência para se determinar a realização de atos que visam ao esclarecimento e à resolução de questões essenciais ao adequado exercício da atividade jurisdicional. Necessário destacar que, todavia, não foi delimitada a extensão da atividade do tribunal em face dessa conversão, o que poderia levar ao entendimento equivocado de que esta só seria aplicada quando houvesse preliminares sobre nulidades supríveis no processo. Ocorre que, o referido artigo deve ser interpretado de forma ampliativa, devendo, então, a conversão em diligência ser utilizada não só para corrigir as nulidades sanáveis, mas também quando houver providências a serem realizadas referentes mérito recursal, o que engloba a instrução probatória.¹⁸²

Rogério Licastro entende que a instrução probatória deve ser realizada pelo próprio órgão recursal, sem que haja a necessidade da remessa dos autos à respectiva instância inferior, em decorrência das disposições constantes no art. 515, §§ 3º e 4º, CPC. “O que nos parece mais difícil de suplantar é a cultura fortemente arraigada no nosso sistema processual civil de que a prova se produz em primeiro grau: os obstáculos, neste sentir, parecem-nos mais culturas que legislativos.”¹⁸³

Ademais, consoante já visto, não há previsão de prazo no art. 130 do CPC para o juiz ordenar a realização de provas que entender necessário para a solução do litígio. As regras rígidas concernentes ao momento para a prova (arts. 282, VI, 300 e 396 do CPC) aplicam-se somente às partes. Logo, o juiz, poderá até mesmo em segundo grau e, de ofício, determinar a produção probatória. “Havendo, em seu sentir, a necessidade de melhores esclarecimentos a respeito de fatos deduzidos em juízo, poderá perfeitamente determinar a realização de provas, mesmo que as partes tenham se manifestado expressamente em sentido contrário.”¹⁸⁴

É importante salientar, todavia, que há entendimento no sentido de que o art. 130 do CPC deve ser interpretado em conjunto com os demais artigos reguladores da instrução probatória em primeiro grau e, em assim sendo, o momento adequado para o magistrado determinar a produção de prova seria até a instrução do processo. A consequência disso, seria, então, a não possibilidade da produção de provas na esfera recursal.

¹⁸² MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 282-284.

¹⁸³ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288

¹⁸⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 308.

Porém, não há razão de se desautorizar a produção probatória determinada pelo tribunal, uma vez que este possui poderes instrutórios, podendo-se utilizar sim do disposto no art. 130 do CPC.

Nesse sentido, é o entendimento de Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha:

“Aplica-se ao tribunal o art. 130 do CPC, que confere poderes instrutórios ao juiz – e em tribunal também há juízes; com competência funcional diversa, é claro, mas juízes. Nada justifica restringir a incidência do artigo à atuação do juízo de primeira instância. Não se pode restringir o exercício da função jurisdicional do tribunal, em competência recursal. Se a causa há de ser re-julgada no procedimento recursal, não se pode retirar do órgão *ad quem* a possibilidade de produzir provas que fundamentem o seu convencimento.”¹⁸⁵

Logo, os poderes de instrução do magistrado, previstos no art. 130 do CPC, são dirigidos aos juízos de primeiro e segundo grau, não havendo limitações a que, sem sede recursal (de apelação), venha a ser determinada a realização de provas imprescindíveis para a outorga da ordem jurídica adequada e justa às partes.¹⁸⁶

3.4.1 Provas passíveis de serem produzidas em segundo grau

A determinação da produção de provas de ofício pelo magistrado em segundo grau, conforme já visto, é plenamente possível. Indaga-se, entretanto, quais as provas que poderiam ser produzidas na esfera recursal. Ocorre que tanto a prova documental como as demais provas são passíveis de serem produzidas quando do julgamento da apelação, recurso adequado para a instrução probatória.

No que concerne à prova documental, esta é admitida sem muita dificuldade, principalmente quando ocorre uma das hipóteses elencadas nos arts. 492 e 517, ambos do CPC. Logo, a possibilidade de arguição de fatos novos na esfera recursal deve ser acrescida, necessariamente, da possibilidade de prová-los em juízo. Assim, por força legislativa, já se nota ser possível a instrução probatória em segundo grau.¹⁸⁷

A propósito, elucida Barbosa Moreira:

¹⁸⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 6. ed. Bahia: JusPODIVM, 2008. p. 504.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. Correção de nulidade pocessual e produção de provas em sede de apelação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 154, 2007, p. 186.

¹⁸⁷ MELLO Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 290.

“[...] provado o motivo de força maior, abre-se naturalmente à parte o ensejo de produzir prova do(s) fato(s) a que se refere a arguição. Seria, com efeito, inane a permissão de suscitar questões novas em tal hipótese, sem a correta e necessária autorização para a prática de atos instrutórios.”¹⁸⁸

Além da prova documental produzida pelas partes - em decorrência da lei, provando-se motivo justificável para a sua não apresentação em momento anterior – e corroborando com a iniciativa instrutória em segundo grau, cumpre lembrar que o julgador poderá de ofício determinar a exibição de documento ou coisa e, ainda, o comparecimento dos litigantes a fim de prestar informações acerca dos fatos da causa, conforme o art. 355 do CPC.¹⁸⁹

Ademais, o art. 342 do CPC dispõe que o órgão jurisdicional está autorizado a solicitar o comparecimento das partes, a qualquer tempo, a fim de que prestem esclarecimentos, por meio do interrogatório, sobre os fatos descritos nos autos. Cumpre frisar que o interrogatório difere do depoimento pessoal, pois aquele é determinado exclusivamente de ofício, ao passo que este pode também ser requerido, ainda, pela parte requerê-lo.¹⁹⁰

Pois bem, certo é que o interrogatório das partes é exclusivo da iniciativa probatória oficial e emana da sua própria vocação, visando ao esclarecimento dos fatos deduzidos nos autos. “Trata-se verdadeiramente de poder conferido ao órgão jurisdicional de coletar informes que lhe permitam melhor aferição do cenário fático a respeito do qual lhe foi pleiteada a prestação jurisdicional.”¹⁹¹

Desse modo, mesmo que o órgão de primeiro grau entenda não ser necessária uma melhor explicação acerca dos fatos afirmados no processo, por meio de interrogatório, isso não impede o órgão recursal de fazê-lo em razão de uma dúvida ou desinformação nos autos, a fim de formar a sua própria convicção.

Além disso, tem-se, ainda, a inspeção judicial em que o magistrado “valora, direta e pessoalmente, pessoas, coisas ou locais, a fim de inteirar-se sobre fato relevante para

¹⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.5, p.450.

¹⁸⁹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 291-292.

¹⁹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v.1. 2.ed.. São Paulo: RT, 2000, p. 392.

¹⁹¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

o julgamento do mérito.”¹⁹² Este meio de prova também é possível de ser produzida na esfera recursal para que o magistrado se desloque para o lugar em que a coisa ou a pessoa estejam situadas a fim de lavrar a inspeção, com o propósito de aclarar fatos e para a formação de seu livre convencimento.

A prova testemunhal, por sua vez, caracteriza-se pelas “declarações de alguém estranho à relação processual, determinada versão de como se passaram certos fatos, importantes para a definição do litígio”.¹⁹³

Nelson Nery Junior e Andrade Nery compreendem que a iniciativa probatória, especialmente a testemunhal, que cabe essencialmente às partes da lide, não exclui a iniciativa do juiz de determinar a sua produção a fim de formar sua convicção quando restar dúvida.¹⁹⁴

Antônio Cláudio da Costa machado ressalta:

“[...] Os juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o artigo 130 do CPC. A iniciativa do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício não está sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público da efetividade da justiça.”¹⁹⁵

Portanto, desde que seja respeitado o contraditório, bem como a fundamentação da decisão, não há óbice para que seja determinada de ofício a realização de provas pelo juiz, inclusive em segundo grau, como a oitiva de testemunhas, juntada de documentos, prova pericial, inspeção judicial, desde que tenham como objetivo o esclarecimento em relação à matéria fática. Neste ponto é importante ressaltar que a produção de prova, quando ocorrer em segundo grau, deve ser realizada pelo próprio tribunal, sem a necessidade de baixa dos autos para o juízo *a quo*.

¹⁹² ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v.2. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 387.

¹⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v.2. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 375.

¹⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de direito processual civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 389.

¹⁹⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2008, p. 249.

3.5. Análise de precedentes jurisprudenciais referente à iniciativa probatória

3.5.1 O ponto de vista formado pelos tribunais de segunda instância

Com a moderna visão publicista do processo, certo é o poder do magistrado em determinar a produção de prova de ofício, quando os fatos não lhe parecerem esclarecidos, mesmo que não tenha tido requerimento da parte, ou que esta tenha perdido oportunidade de realizar tal ato processual.¹⁹⁶

Consoante já visto, o art. 130 do CPC confere ao magistrado amplos poderes para determinar a realização de prova capaz de levá-lo à convicção a respeito do melhor direito a ser aplicado. “Impor ao juiz condição de mero espectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é, quando menos grave petição de princípios.”¹⁹⁷

Pois bem, os tribunais de segundo grau, em sua maioria, em razão do disposto no art. 130 do CPC, não apresentam dificuldades em reconhecer os amplos poderes conferidos ao magistrado do primeiro grau no que se refere à prova:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO PROBATÓRIA. PERÍCIA. PODERES INSTRUTÓRIO DO JUIZ. APLICAÇÃO DO ART. 130 DO CPC. PRINCÍPIO DISPOSITIVO. MITIGAÇÃO. 1. Se o juiz conclui que a ausência de determinada prova é imprescindível para o deslinde da demanda, não pode, ipso facto, se contentar com a simples prevalência do princípio dispositivo, tendo que, frente a necessidade de efetiva prestação jurisdicional e a busca da verdade real, determinar a produção da prova necessária, exercitando, assim, o seu poder de instrução probatória, conforme lhe autoriza o artigo 130 do CPC. 2. Recurso conhecido e provido. Sentença cassada.”¹⁹⁸

Constata-se que a jurisprudência se mostra mais pacífica quanto aos poderes instrutórios do juiz de primeiro grau em mandar realizar de ofício a produção/complementação do acervo probatório. E quando uma sentença, fruto de um acervo probatório frágil e insuficiente, chega ao tribunal, este determina a sua cassação para que, em primeiro grau, seja corrigida tal deficiência.

¹⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v.2. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 285.

¹⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v.2. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 285.

¹⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão n.235555, 20030710076269APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/10/2005, Publicado no DJU SECAO 3: 14/02/2006. Pág.: 86. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

Apesar do posicionamento consolidado por diversos tribunais brasileiros - no sentido de que a produção de provas diretamente pela corte recursal encontraria alguns óbices -, entende-se que os motivos não merecem prosperar. Conforme visto, o juiz que determina a realização de provas não compromete a sua imparcialidade. Pelo contrário, quando assim procede corrobora para uma maior efetividade da prestação jurisdicional. Além disso, não há que se falar em preclusão *pro judicato* no que diz respeito à instrução probatória.

Desse modo, não obstante a cultura dos nossos tribunais seja pela não produção de provas na esfera recursal, muitas vezes em razão de excesso de processos e da necessidade de uma maior celeridade na prestação jurisdicional, tal posicionamento há de ser revisto.

É necessário que o magistrado de primeiro e segundo grau diligenciem para melhor aplicar o direito material ao caso em concreto, por meio de um processo efetivo. Com efeito, não deve a celeridade prevalecer sobre eventual necessidade da busca da verdade dos fatos, a fim de que seja atingido o escopo da jurisdição. Além disso, cumpre enfatizar que o processo não é visto mais como privativo das partes, mas predomina o seu caráter essencialmente publicista.

Desse modo, não cabe mais a figura de um juiz inerte, que não atente para a necessidade de se aplicar corretamente o direito material aos fatos devidamente comprovados. Esse raciocínio deve ser aplicado tanto em primeiro quanto no segundo grau, pois a prova é fator crucial para o desfecho do processo.

Não obstante o aspecto cultural para a não produção de provas na esfera recursal, outro óbice é encontrado para a sua não realização. Esta, por sua vez, encontra-se diante da suposta não previsibilidade no ordenamento processual civil pátrio em determinar a produção de provas em grau recursal. Entende-se que o art. 130 do CPC só é aplicado ao juiz de primeiro grau e deve este ser interpretado combinado com os artigos que tratam da instrução probatória e, assim sendo, deve a produção ser realizada até a fase instrutória do processo de conhecimento.

Ademais, essa visão formalista também não admite a juntada de documento na esfera recursal, em face da preclusão em relação às partes, ressalvada as hipóteses dos arts. 326 e 327 do CPC. Deste modo, passado o momento oportuno da produção de provas, não mais seria permitida a juntada de documento ou mesmo realizar outro meio de prova.

Portanto, a impossibilidade da juntada de documentos, após a inicial e a constestação, é o posicionamento adotado por alguns juízes essencialmente formalistas.¹⁹⁹ Em suma, eles entendem que em razão da preclusão para a apresentação de documento, não há mais que se cogitar a juntada *a posteriori* da referida prova.

Nesse contexto, tampouco é admitida a apresentação de documentos na seara recursal, que não em razão de motivo de excepcional, conforme a exceção prevista no art. 517 do CPC.

É nesse sentido a jurisprudência da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“DIREITO CIVIL, COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA - NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - JUROS COMPENSATÓRIOS - LIMITAÇÃO LEGAL - CAPITALIZAÇÃO - SÚMULA 93 DO STJ - JUNTADA DE DOCUMENTO - FASE RECURSAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - É ilegal a previsão de comissão de permanência em taxa a ser definida pelo mercado financeiro, pois traduz uma condição potestativa, o que afronta o disposto no art. 115 do Código Civil revogado. Precedentes jurisprudenciais. II - Não havendo prova de que o Conselho Monetário Nacional autorizou juros compensatórios em percentual superior ao limite contido na lei de usura, não pode o banco cobrar taxa acima daquele, sendo da instituição financeira o ônus de provar a autorização. III - A juntada de documento novo por ocasião da apelação, sem prova de força maior, não pode ser admitida. IV - Súmula 93 do STJ: "A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros". Na espécie, tendo ocorrido tal ajuste, é de ser reconhecida a legitimidade da cobrança de juros capitalizados. V - Acolhendo-se parte do recurso, altera-se a distribuição dos ônus de sucumbência. VI - Recurso conhecido e parcialmente provido.”²⁰⁰

Todavia, tem-se que a perquirição da verdade dos autos é objetivo essencial da prestação jurisdicional. Logo, o art. 130 do CPC deve ser aplicado ao juízo de primeiro e segundo grau, pois a iniciativa do julgador em matéria probatória é amplíssima, uma vez que é realizada no interesse público de uma justiça efetiva.

¹⁹⁹ Nesse sentido: Agravo de Instrumento Nº 70047243142, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 12/04/2012.

²⁰⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão n.182772, 20000110790749APC, Relator: JERONYMO DE SOUZA, Revisor: VASQUEZ CRUXÊN, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/11/2003, Publicado no DJU SECAO 3: 03/12/2003. Pág.: 54. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

Além disso, em razão de uma efetividade do processo, a jurisprudência vem admitindo a juntada de documentos em momento posterior ao da inicial e da contestação, em obediência ao princípio da busca da verdade real, desde que seja dada a oportunidade à parte contrária para se manifestar acerca da prova produzida pela outra parte.

Parece ser esse o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL – DIVISÃO — JUNTADA DE DOCUMENTOS NA FASE RECURSAL – POSSIBILIDADE – REQUISITOS DO ARTIGO 967 DO CPC CUMPRIDOS – PRELIMINARES AFASTADAS – SENTENÇA ANULADA – JULGAMENTO DO MÉRITO (ARTIGO 515, § 3º, CPC) – PROVA DA CONDIÇÃO DE CONDÔMINO – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE – INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – RECURSO PROVIDO.

A regra do artigo 396 do CPC, que determina a juntada de documentos por ocasião da inicial ou da contestação, não é absoluta, tanto que a jurisprudência já vem abrandando-a, no sentido de que somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o Juízo. [...]”²⁰¹

Nesse diapasão:

“EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE. CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL RESPEITADOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Juntada de documentos com observância ao artigo 397 do CPC, ouvida a parte contrária. Inexistência de ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório.
2. Se o autor, no momento de propor ação, não tem em seu poder os documentos que comprovem o seu direito, é permitida a juntada a qualquer tempo, desde não se configure a má-fé e que seja oportunizado o contraditório.
3. Negado provimento ao recurso.”²⁰²

Sob o mesmo enfoque, Ada Pellegrini Grinover leciona que “a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim

²⁰¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. 2ª T. Cív., AP. Cív. Nº 2003.012241-9/0000-00, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julg. 09.12.2003. Disponível em: < <http://www.tjms.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

²⁰² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão n.658481, 20080111059189EIC, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 25/02/2013, Publicado no DJE: 06/03/2013. Pág.: 174. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013. Nesse sentido: TJ/DF – 2ª T. Cív., AP. Cív. Nº 20000110610373, Rel. Des. Sérgio Rocha, Rel. Desig. do Proc. João Mariosa, DJ. 12.05.2004, p.37.

submeter todas as provas – pela partes e determinadas *ex officio* pelo juiz- ao contraditório.”²⁰³

É importante destacar, ainda, no que se refere especificadamente a juntada de documento, que o art. 397 do CPC preconiza ser lícita a juntada de documentos novos a qualquer tempo, “quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.” Logo, o mencionado artigo deve ser aplicado em toda a instância ordinária, uma vez que há análise da matéria fática e o documento pode apresentar conteúdo essencial a solução da controvérsia.

Demais disso, salienta-se que a preclusão alcança somente as partes, ela não interfere no poder do juiz em conduzir a instrução do processo, especialmente quando se constata que determinadas provas são essenciais à elucidação da lide. Portanto, no que diz respeito à instrução probatória, não há que se falar em preclusão *pro judicato*, podendo o juiz admitir, inclusive, prova que fora inadmitida, anteriormente, no processo

Portanto, deve ser possibilitada a realização de prova pelo tribunal de segundo grau para permitir não só a produção de prova documental, mas também para a realização de perícia, oitiva de testemunha, e demais provas permitidas no ordenamento pátrio. É necessário frisar que somente deve ser determinada diligência para o juízo de primeiro grau a fim de que este produza determinada prova, se o tribunal de segundo grau não puder realizá-la.

3.5.2 O ponto de vista formado pelo Superior Tribunal de Justiça

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é, também, no sentido de que julgador deve participar de forma ativa no processo e na produção de provas, especialmente quando se encontrar em estado de dúvida e perplexidade, isto é, quando está com dificuldade em formar a sua convicção com base em provas realizadas exclusivamente pelas partes.

Nesse raciocínio, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça compreende ser possível a determinação de provas pelos juízos de primeiro e segundo grau a fim de que estes formem o seu livre convencimento motivado.

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 27/71. São Paulo: RT, 1999, p.5.

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE.

- Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

- Embora recaia sobre o devedor-embargante o ônus de demonstrar a inexatidão dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional.

Recurso especial improvido.”²⁰⁴

Com efeito, quando insuficiente o acervo probatório nos autos, o magistrado deve determinar a sua complementação a fim de perquirir a verdade real em relação aos fatos, sempre objetivando alcançar o escopo da atividade jurisdicional. Ademais, a função da prestação jurisdicional não é somente o de resolver os conflitos entre as partes, mas também o de pacificação social. “Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir sua tarefa.”²⁰⁵

Desse modo, após a atividade das partes, não tendo o magistrado formado a sua convicção com base nas provas constantes dos autos, é possível que instrução probatória seja determinada de ofício com tal objetivo, conforme preconiza o art. 130 do CPC.²⁰⁶

No ponto, oportuno demonstrar o posicionamento materializado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS SUFICIENTES A EMBASAR A DECISÃO. INICIATIVA PROBATÓRIA

²⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1012306/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 07/05/2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013. No mesmo sentido: REsp 629.312/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 23/04/2007.

²⁰⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 291.

²⁰⁶ CERQUEIRA, Eduardo Luiz Brasileiro. É possível a produção de provas em instância recursal. **Revista Consultor Jurídico**. Set. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.br/> >. Acesso em: 29 de agosto de 2013.

DO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. ART. 130 DO CPC. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. Na hipótese de perplexidade ante as provas constituídas no curso da demanda, é facultado ao magistrado determinar, de ofício, a produção de prova pericial, com vistas à formação de seu livre convencimento motivado. Inteligência do art. 130 do CPC.

3. A análise acerca da necessidade ou não de realização de prova pericial enseja o reexame de matéria de prova, inviável em sede de recurso especial, consoante enunciado da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.²⁰⁷

Ademais, algumas turmas do STJ, assim como de alguns tribunais de segundo grau, vêm admitindo a juntada de documentos essenciais a lide, mesmo após a inicial e a contestação, desde que respeitado o contraditório e a ausência de má-fé e, inclusive, em segundo grau de jurisdição.

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 397 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte tem admitido a juntada de documentos que não os produzidos após a inicial e a contestação, em outras fases do processo, até mesmo na via recursal, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé.

2. Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. A juntada de documentos em sede de apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles manifestar-se em contra-razões.

O art. 397 do CPC assim dispõe: “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.” 3. Recurso especial desprovido.^{208 209}

É imperioso salientar, ainda, que o entendimento predominante é o de não haver preclusão para o juiz em relação à matéria probatória, porquanto a efetividade do processo deve prevalecer. Assim, da mesma maneira, em segundo grau há a preponderância

²⁰⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 655.888/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 339. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

²⁰⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 780.396/PB, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 188. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

²⁰⁹ No mesmo sentido: STJ - Primeira Turma, REsp 4.163-RJ, Relator. Ministro. Garcia Vieira, julgado em 28/11/1990, publicado no DJU de 04/02/91, p. 563; STJ – Primeira Turma, REsp nº 780.396/PB, Relatora Ministra Denise Arruda, julgado em 23/10/2007, publicado no DJ de 19/11/2007, p. 188.

da busca pela verdade real sobre eventual falha das partes ou até mesmo do juiz na perquirição dos fatos essenciais ao desfecho da lide.

Nesse diapasão, é o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 183 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECLUSÃO DA APRESENTAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO DE DECLARAÇÃO PRESENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO JUNTADO AOS AUTOS. ANÁLISE DO JUÍZO A QUO COM BASE NO CONJUNTO-FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE.

1. Não há que se falar em preclusão da produção de prova testemunhal para o julgador, que pode, em busca da verdade real dos fatos, realizar diligências ou admitir provas, desde que oportunize à parte contrária o exercício do contraditório, o que ocorreu no caso dos autos. A prova é produzida para o juiz e não para as partes. Precedentes.

2. Ademais, foi colacionado aos autos o "Termo de Esclarecimento" da testemunha ROBERVALDO DOMINGOS DE LIMA, oriundo do Processo Administrativo n.º 23.800-7 que embasou a Portaria de Demissão n.º 011.01.2.000, de onde o julgador de 1.º grau poderia obter informações semelhantes às juntadas posteriormente (às fls. 26/28).

3. Conclui-se, assim, que a convicção do juízo a quo calcou-se no conjunto fático-probatório dos autos. Desse modo, a reforma do acórdão recorrido demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental desprovido.”²¹⁰

Com efeito, o juiz é o destinatário final da prova, devendo aplicar corretamente o direito material ao caso concreto. Este, por conseguinte, em busca da verdade real dos fatos contidos no processo e para a formação da sua convicção, possui o poder determinar a realização de provas necessárias ao deslize da controvérsia.

Portanto, ao que parece, em face da natureza publicista que se tem conferido ao processo civil contemporâneo, deixou o juiz de ser inerte, mero espectador para assumir uma posição ativa no processo, que o possibilita, dentre outras prerrogativas, a de determinar a realização de provas, desde que proceda com obediência aos princípios do contraditório e imparcialidade.

²¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRG no Ag 1216282/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013. Nesse sentido: REsp 192.681/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 24/03/2003; REsp 345.436/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 13/05/2002.

CONCLUSÃO

A determinação de produção de provas pelo próprio magistrado tem-se mostrado essencial para a melhor instrução do processo, bem como para garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Verifica-se que a prova desempenha papel essencial para a busca da verdade real dos fatos. E assim, que o ônus probatório não deve recair somente sobre partes, conforme determina o art. 333 do CPC. Em algumas situações, é necessário que o magistrado diligencie a fim de determinar a complementação do acervo probatório, utilizando-se dos seus poderes instrutórios, consoante preconiza o art. 130 do CPC.

O trabalho buscou evidenciar que não se pode mais aceitar a figura de um julgador inerte que aplique normas a fatos que não foram devidamente comprovados. Logo, se o dever do juiz é de contribuir para um processo efetivo, deve ele determinar a complementação de prova, a fim de aplicar corretamente o direito substancial ao caso em concreto.

Consolida-se, portanto, o caráter publicista do processo civil contemporâneo. O magistrado ao conduzir o processo deve fazê-lo com mais flexibilidade, a fim de melhor resguardar aos anseios constitucionais, sem, contudo, desviar das garantias constitucionais das partes e da legalidade.

Quanto aos empecilhos colocados por muitos doutrinadores à iniciativa probatória, estes parecem estar superados. A preclusão, conforme visto, não é aplicada ao magistrado, mas tão-somente às partes. Além disso, a iniciativa instrutória do juiz para determinar de ofício a realização de prova não está sujeita à preclusão, uma vez que é feita no interesse da efetividade da justiça.

Ademais, o juiz com iniciativa probatória não avilta a sua imparcialidade, pois não sabe de antemão resultado da prova, tampouco qual parte será beneficiada pela sua realização. É necessário frisar, todavia, que a decisão do juiz deve ser motivada, bem como deve a prova ser submetida ao respectivo contraditório.

Os estudos permitiram verificar que a iniciativa do magistrado na produção de prova contribui para proporcionar uma verdadeira igualdade entre os litigantes do processo. Portanto, desde que haja um contraditório efetivo, não há que se falar em imparcialidade do magistrado.

Mostrou-se, ainda, que a apelação é o recurso mais adequado para que haja a determinação de provas em segundo grau, pois possui devolutividade ampla, no qual o tribunal irá reexaminar toda a matéria devolvida, debatendo-se de forma integral e ampla os fatos controversos.

Depreende-se que, em razão do efeito devolutivo, as questões já existentes no processo são reexaminadas e, em assim sendo, é possível ao órgão recursal o esclarecimento dos fatos que não foram suficientemente demonstrados pelo juízo de primeiro grau, a fim de formar a sua própria convicção. Logo, autorizada estaria a produção de provas em segundo grau.

Essa possibilidade é, inclusive, prevista quando há alegação de fatos novos em razão de força maior, conforme o disposto no art. 517 do CPC. Assim, constatou-se que se é permitida a produção em segundo grau para a comprovação de fatos novos alegados, também se permite a sua utilização para comprovação dos demais fatos já alegados no processo que, porém, não foram devidamente comprovados.

Dessa maneira, o poder instrutório deve ser utilizado tanto pelo juiz de primeiro grau como de segundo grau. A esfera recursal é igualmente propícia para realização de provas, uma vez que os desembargadores também deverão formar o seu convencimento acerca dos fatos contidos nos autos.

Logo, no caso de perplexidade em relação às provas que, destarte, se mostrarem confusas, incompletas e/ou contraditórias, convém ao julgador determinar a complementação probatória de ofício com o fim de formar o seu livre convencimento motivado.

É permitida, então, a produção de prova documental, oitiva de testemunha, oitiva de depoimento pessoal, inspeção judicial no âmbito recursal. É importante lembrar que as provas devem ser produzidas pelo próprio tribunal, sem que haja a necessidade dos autos serem encaminhados ao juízo *a quo*. A determinação de prova pelo juiz de primeiro grau

somente deve ocorrer de forma excepcional, ou seja, quando o tribunal não puder realizar determinada prova.

Notou-se, por fim, que a jurisprudência reconhece o poder de instrução do magistrado, disposto no art. 130 do CPC. Entretanto, normalmente, este poder é fortemente reconhecido e exercido pelo juiz de primeiro grau. Já em segundo grau, todavia, constata-se uma maior dificuldade em permitir a iniciativa instrutória, seja em razão da suposta não previsibilidade ou da própria cultura dos tribunais.

Entretanto, a jurisprudência dos tribunais de segundo grau, em face do princípio da busca da verdade material, tem admitido aos poucos a produção de algumas provas, principalmente no que se refere a juntada de documento. Nesse sentido, também se tem mostrado o entendimento de algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça ao permitir a produção de prova pelo tribunal de segundo grau, haja vista, principalmente, o caráter publicista do processo e o princípio da perquirição da verdade real.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

APLIGRIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AUGUSTO DE ASSIS, Carlos. O dever de falar a verdade e o processo. **Revista IOB de Direito Divil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 88-102, jul. 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

_____. **Direito e processo: influência do direito maretial sobre o processo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo, Saraiva, 2004.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei nº 5.869/73, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: setembro de 2012.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O ativismo do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 33 maio/2008.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: BookSeller, 2001.

CARVALHO, Carla Fernanda Rangel Silva. Efeito devolutivo da apelação e capítulos da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.217, p.121-146, mar/2013.

CERQUEIRA, Eduardo Luiz Brasileiro. É possível a produção de provas em instância recursal. **Revista Consultor Jurídico**. Set. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.br/> >.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio C. Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v.2. Salvador: JusPdvM, 2009.

_____. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Salvador: JusPdvM, 2009.

DIDIER JR., Fredie.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Bahia: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. **Apelação: os limites objetivos do efeito devolutivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual processual civil brasileiro**. v. 2. 13.ed. São Paulo: Saravia 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça**. v. 1. 20 ed. São Paulo: Saravia, 2007.

GRINOVER. Ada Pellegrini. A iniciativa do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 27/71. São Paulo: RT, 1999.

_____. A iniciativa do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. v.1, n.18, p.11-14, jan./jun.2005.

KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 17, n. 80, p. 119 -149, set./out. 2009.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Apelação civil: teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, João Batista. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil**. Revista de processo, São Paulo, v. 204, n.37, p.231-242, fev. 2012.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2.ed. São Paulo: TR, 1976.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2008.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau regursal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Provas recursais: variações do assunto. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis**. v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: TR, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa maria de. **Código de direito processual civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro Oliveira. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. Correção de nulidade processual e produção de provas em sede de apelação. **Revista de Processo**, São Paulo, n.154, p. 173-191, mar.2007.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. Poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.69, p.104-110, dez.2008.

PESSOA, Flávia Moreira. As regras de divisão do ônus da prova e os poderes instrutórios do juiz. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba. v. 8, n.29, p.491-495, jul./set. 2003.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise sistemática dos efeitos da apelação. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 62, p. 79-88, maio.2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. 1. 5 ed. Porto Alegre: Sérgio A. Frabris Editor, 1983.

SILVIA, Nelson Finotti. Verdade real x verdade formal no processo civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, p. 17-20, set/out, 1999.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução ao direito processual civil e ação rescisória**.v.3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 192.681. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Texeira. Julgamento em: 02/03/2003, publicado no DJ de 24/03/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>.

_____. REsp 1132818/SP. Relatora: Min^a. Nancy Andrighi. Julgamento em: 03/05/2012, publicado no DJ de 10/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>.

_____. REsp 780.396/PB, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 188. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >.

_____. AgRG no Ag 1216282/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >.

_____. AgRg no Ag 655.888/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 339. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/> >

_____. REsp 1012306/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 07/05/2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/>>

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil e processo de conhecimento**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense: 2005.

_____. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n.80, p.71-81, nov. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão n.658481, 20080111059189EIC, Relator: Cesar Laboissiere Loyola, Revisor: Getúlio de Moraes Oliveira, 1^a Câmara Cível, Data de Julgamento: 25/02/2013, Publicado no DJE: 06/03/2013. Pág.: 174. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/> >.

_____. Acórdão n.182772, 20000110790749APC, Relator: Jeronymo de Souza, Revisor: Vasquez Cruxên, 3^a Turma Cível, Data de Julgamento: 06/11/2003, Publicado no DJU SECAO 3: 03/12/2003. Pág.: 54. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/> >.

_____. Acórdão n.235555, 20030710076269APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3^a Turma Cível, Data de Julgamento: 20/10/2005,

Publicado no DJU SECAO 3: 14/02/2006. Pág.: 86. Disponível em: < <http://www.tjdf.tj.us.br/> >

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. 2ª T. Cív., AP. Cív. Nº 2003.012241-9/0000-00, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maranhão, julg. 09.12.2003. Disponível em: < <http://www.tjms.jus.br/> >. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.